

AMERICA LATINA EN LA ENCRUCIJADA DEL VALOR (*)
(Justicia y utilidad)

Miguel Angel CIURO CALDANI(**)

Es notorio que las diversas concepciones políticas tienden a explicar cada situación de maneras diferentes. Así, por ejemplo, quien sostenga una concepción liberal se orientará a explicar la situación de América Latina (1) desde el enfrentamiento de regímenes de autoridad y regímenes de libertad y quien mantenga una interpretación económica tendrá a comprenderla en la oposición de sistemas más feudales o capitalistas. Sin embargo, creemos que en general una de las perspectivas más importantes para comprender la problemática de nuestro tiempo, y en especial la situación latinoamericana, es el enfoque axiológico de la relación entre justicia y utilidad (2).

Aunque los países "desarrollados" parecen haber alcanzado una relativa "integración"(3) de ambos valores, donde la utilidad ha desplegado las posibilidades de la justicia sirviéndole de "soporte" para una realización satisfactoria, en otras regiones, como suele ocurrir en América Latina, la vinculación entre los dos valores es muy tensa, con fuertes posibilidades de "arrogación" del material estimativo de un valor por el otro (4).

La justicia es un valor de libertad para la plena "personalización" de los individuos (5) que, como tal, atiende con alcance más amplio y directo a la preservación de las particularidades de cada estilo de vida, en nuestro caso, a la preservación de las características de la región latinoamericana. En cambio, la utilidad se refiere más a necesidades materiales que con la incorporación al sistema capitalista y la consiguiente asimilación a su estilo de vida pueden satisfacerse mejor.

Para quien no tenga una concepción economicista o jurídica, que legitime todo lo que requiera el despliegue de uno de los dos valores, puede plantearse, por lo menos en apariencia, cierto desajuste entre la utilidad y la justicia y es en este marco de diferenciación que cabe comprender la encrucijada latinoamericana (6). Esto no excluye reconocer que mediáticamente el despliegue de la utilidad puede contribuir -como ha sucedido en los países "desarrollados"- a la satisfacción de la justicia. La preservación de las particularidades tiene más vinculación con la "justicia"entendida como justicia "de partida" y, en cambio, el recorrido utilitario puede vincularse más con la justicia "de llegada" (7). En suma, se trata de advertir que en la actual situación latinoamericana los dos valores presentan, por lo menos en apariencia, requerimientos diversos y dan pie para discursos opuestos, quizás porque el "trecho" entre la justicia de partida y la de llegada sea de muy difícil recorrido.

Esa encrucijada entre los requerimientos de justicia y utilidad se manifiesta, por ejemplo, en la actual composición del Partido Justicialista argentino que, a través de la influencia del doctor Carlos S. Menem, viene variando su interés de referencia inmediata a la justicia por su propó-

sito de satisfacer la utilidad, invocando que ésta es un soporte imprescindible para realizar la justicia. Quien quiera comprender en profundidad la composición axiológica del "menemismo" deberá considerar que, a la inversa de los sectores del justicialismo llamados "renovadores", adopta una fórmula fuertemente utilitaria en lo económico y, en cambio, más apegada a las ideas de justicia y a la preservación de nuestra originalidad en el resto de la cultura (con más referencia a los caracteres "hispánicos tradicionales")⁽⁸⁾. Por un lado, con el referido criterio utilitario, el "menemismo" procura recomponer las relaciones rotas con Gran Bretaña; por otro, en aras de cierto enfoque de justicia histórica y de preservación de nuestro "ser nacional", ha repatriado los restos del gobernador Juan Manuel de Rosas, símbolo autoritario de la soberanía nacional⁽⁹⁾.

Uno de los datos para resolver debidamente la encrucijada latinoamericana es saber si la preservación de los caracteres propios de la región puede compatibilizarse con un satisfactorio desarrollo de la utilidad al servicio de la justicia.

Hay que saber si se trata del apego a una fórmula mera mente "precapitalista" o de una posibilidad "paracapitalista". En definitiva, hay que averiguar cómo serán más satisfechos los valores utilidad, justicia y humanidad en la situación latinoamericana, pero esto quizás sea, desde el punto de vista científico, un misterio del porvenir hoy limitado al marco de lo opinable.

(*) Idea básica de exposiciones del autor en el Seminario Permanente sobre "La Filosofía del Derecho en América"

que desarrolla el Comité XV de la Federación Interamericana de Abogados y en el curso sobre "Filosofía del Derecho Latinoamericano" del Ciclo de Orientación Definida de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de la UNR.

(**) Investigador del CONICET.

- (1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°12, págs. 29 y ss.
- (2) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986, págs. 83 y ss.
En relación con el tema v. también por ej. STUART MILL, John - BENTHAM, Jeremy, "Utilitarianism and Other Essays", editados por Alan Ryan, London, Penguin, 1987.
- (3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.II, 1984, págs. 16 y ss.
- (4) Nos referimos a los sentidos de justicia y utilidad vi-
gentes en nuestro medio, aunque es posible una "redefi-
nición" más utilitaria de la justicia o más referida a
la utilidad de la justicia.
- (5) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimpr., Bs.As., Depalma, 1987,
págs. 417 y ss.
- (6) En definitiva, sin embargo, todos los otros valores a
nuestro alcance deben contribuir a la realización del
valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser).
- (7) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una comprensión dinámica de la justicia", en "El Derecho",

6-IV-1987 (t.122).

- (8) La oposición de valores señalada es una de las perspectivas para comprender mejor el actual conflicto en la Confederación General del Trabajo argentina (octubre de 1989).
- (9) El sector "renovador" del justicialismo adopta, a la inversa, en lo económico una fórmula más referida a la justicia y en el resto de la cultura una posición más utilitaria e individualista.

COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL "CAMBIO DE ESTATUTO"

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. Según lo señala la nota que le dedicó Patrick Courbe, el caso "Hug c. Mme. Eva Grzech", sobre el que se pronunció la Cour de Cassation francesa (lre.ch.civ.) el 15 de marzo de 1988(1), pone nuevamente en cuestión el llamado "conflicto móvil" (2), "cambio de estatuto" o "problema de la determinación temporal de los puntos de conexión" (3), en esta circunstancia, en relación con un asunto de filiación "natural". Se trataba, en la especie, de elegir entre la ley nacional del hijo al día de su nacimiento (ley polaca) y su ley nacional al tiempo de la demanda (ley francesa), y se optó por la primera (4).

Como punto de partida, cabe distinguir el "cambio de estatuto" de otros problemas de temporalidad en el Derecho Internacional Privado: principalmente del ámbito temporal pasivo del mismo, en que varían las soluciones jusprivatistas internacionales (cuestión del "derecho transitorio" del Derecho Internacional Privado); de la mutación en el Derecho declarado aplicable (cuestión del "derecho transitorio" de este Derecho) y del tratamiento de los derechos adquiridos. Como lo dice con acierto Goldschmidt, en el problema designado con el equívoco nombre de "cambio de estatuto" las

normas se mantienen inalteradas, mientras que el caso de ambula de una a otra (5). Lo que aquí se modifican son los hechos subyacentes al punto de conexión.

Pese a ser problemas diferentes, las cuestiones recién referidas guardan entre sí equilibrios importantes, de modo tal, que la solución de una de ellas afecta a las demás. Así, por ejemplo, de una correcta respuesta al "cambio de estatuto" depende que en cuanto al Derecho aplicable no se intente evitar la intromisión de un régimen sobrevenido, ya sin afinidad con el caso, petrificando la solución anterior (6). Si una pareja tiene su primer domicilio conyugal en un país que, luego de dicho contacto, cambia radicalmente su régimen motivando la emigración de los cónyuges, es posible que en lugar de cuestionar la referencia al "primer" domicilio los jueces de otro país procuren petrificar el Derecho de ese primer contacto espacial.

2. El "cambio de estatuto" se vincula directamente con las características positivas del antecedente y de la consecuencia jurídica, a través de los "puntos de conexión", pero también se relaciona significativamente con la característica negativa del antecedente y con su cuestión del fraude a la ley, ya que la posibilidad de cambio del asiento de los casos genera riesgo de maniobras fraudulentas(7). En el panorama de los puntos de conexión, hay algunos, entre los que se destacan el "lugar de celebración" y el "lugar de situación" de los inmuebles, que son más "constantes" o "fijos" y ajenos a nuestra cuestión, y otros, sobre todo de carácter "personal" o "real" (en especial cuando se trata de la situación de muebles o del lugar de registración), que son más "móviles" o "variables" y productores de este problema (8).

Aunque en sentido amplio el "cambio de estatuto" puede corresponder también a la integración de los Derechos de los distintos contactos sucesivos, con alcance más estricto se trata de la posibilidad de optar entre un asiento anterior, o sea de "ultratemporalizar" el contacto; de diferenciar los diversos contactos "sincronizando" la solución, o de elegir el asiento posterior, es decir de "retrotemporalizar" el contacto. Como lo indica el nombre "conflicto móvil", nuestro problema pone en agudo juego la temporalidad de los conflictos, de modo que un mismo punto de conexión se tensiona en sus diferentes "momentos" (9).

Cuando entre los sucesivos domicilios conyugales de una pareja se opta por la ley de su primer domicilio conyugal, hay una respuesta de "ultratemporalidad"; si se toman en cuenta las leyes de los respectivos domicilios conyugales en los tiempos de adquisición de diversos bienes hay una solución "sincrónica" y cuando se elige la ley del último domicilio conyugal hay una respuesta de "retrotemporalidad".

En la dimensión sociológica, la opción por la "ultratemporalidad" y sobre todo la división "sincrónica" significan fraccionamientos de la finalidad objetiva de los acontecimientos que, como tales, generan certeza, e importan además una posición relativamente conservadora; en cambio, la opción por la "retrotemporalidad" corresponde a un desfraccionamiento, generador de incertidumbre, y a una actitud más innovadora. La solución "sincrónica" significa una fuerte amenaza de anarquía (desorden), pero también la "retrotemporalización" tiene cierta afinidad con el desorden en el régimen del contacto anterior y la consideración "ultratemporalizadora" se emparenta con el desorden en el régimen del

contacto posterior. De algún modo, el asiento anterior se caracteriza por más realización del valor previsibilidad, en tanto el nuevo asiento y, sobre todo, la división temporal, abren más juego a los requerimientos del valor solidaridad.

En la dimensión normológica, la división "sincrónica" representa un avance del método analítico, con la consiguiente necesidad del horizonte del método sintético-judicial; en cambio, la "ultratemporalización" y la "retrotemporalización" significan más empleo del método sintético inicial. La "sincronía" en la solución y la "ultratemporalización" tienen cierta "cristalización" contractualista, de apego a las expectativas de todos los interesados; en tanto la "retrotemporalización" se emparenta más con la noción de "institución", donde la "idea" del contacto se realiza en mayor dinámica vital.

En la dimensión dikelógica, la opción por la "ultratemporalidad" significa un desfraccionamiento de los antecedentes y un fraccionamiento del porvenir, la "sincronía" corresponde a un desfraccionamiento de los antecedentes y el porvenir a costa del fraccionamiento del complejo temporal y la "retrotemporalidad" significa un desfraccionamiento de las influencias del porvenir y un fraccionamiento de las influencias de los antecedentes. El desfraccionamiento del porvenir que se produce en la división "sincrónica" tiene carácter "ex nunc", en tanto el desfraccionamiento del futuro que se realiza en la "retrotemporalidad" posee calidad "ex tunc". Los fraccionamientos más energéticos y consecuentemente el mayor grado de seguridad corresponden a la "ultratemporalidad" y a la "sincronía".

La "ultratemporalidad" corre el riesgo de caer en anacronismo, la "sincronía" puede desviarse al "circunstancia-

lismo" y la "retrotemporalidad" puede desarrollar fácilmente un "actualismo" de vocación "futurista". A veces, las influencias del complejo real llevan a fraccionar las referencias al tiempo contenidas en los puntos de conexión y a "intemporalizar" las soluciones, aplicando -entre los diversos derechos sucesivamente vinculados con los casos- los más favorables a criterios más materiales de justicia. Entonces, con tales fraccionamientos, se gana en seguridad respecto de que más allá de la referencia temporal se obtendrá una solución que se considera justa.

La "ultratemporalidad" suele emplearse en los puntos de conexión personales cuando la estabilidad de la persona quiere que se la libere del tiempo; a su vez, en ciertos casos la "retrotemporalidad" y la "sincronía" ganan fundamentos cuando se trata de puntos de conexión reales y conductistas donde hay más intereses comunitarios y más superficialidad. Sin embargo, la profundidad de los contactos puede conducir (en afinidad con el orden público) a la "retrotemporalidad", sobre todo respecto de los puntos de conexión personales, y a la "intemporalidad". Por ejemplo: recurrimos a la ley del domicilio del testador al tiempo de celebrar el testamento, para resolver con estabilidad sobre su capacidad de testar; el domicilio actual está fuertemente calificado para indicar en profundidad la ley que rige básicamente la capacidad y a veces optamos por la ley más favorable a la capacidad, entre las que tienen contactos con los diversos domicilios sucesivos. Asimismo, la ley de la situación actual de un bien suele ser la base para resolver con sentido de comunidad acerca de los derechos reales sobre el mismo.

La "ultratemporalidad" y la "sincronía" tienen más afinidad con la unicidad y con el liberalismo, en tanto la "re-

"trottemporalidad" se vincula más con la igualdad y con la comunidad, con la democracia y la "res publica". La "ultra temporalidad" y de cierto modo la "sincronía" se relacionan más con el amparo del individuo contra el régimen y la primera es especialmente idónea para resguardar respecto de las maniobras fraudulentas de los demás; en cambio, la "retrottemporalidad" se vincula más con la protección del individuo frente a su propio pasado y "lo demás".

3. Según el elemento tenido en cuenta para la determinación temporal, el "cambio de estatuto" puede resolverse de maneras más "puras" o "mixtas". En el primer caso, el despliegue determinante es de la misma clase que el punto de conexión, por ejemplo, cuando el domicilio, que es un punto de conexión personal, es determinado al tiempo de la muerte del causante; en cambio, en las soluciones "mixtas", el despliegue determinante posee carácter distinto al punto de conexión, v.gr., si el domicilio es determinado por el tiempo de adquisición de los bienes, pues éstos incorporan un horizonte "real". Puede decirse, así, que hay fenómenos "mixtos" de "personalización", "realización" o "conductivización" en los puntos de conexión, determinados por referencias personales, reales o conductistas diversas de las que ellos tienen en cuenta como tales.

En la dimensión sociológica las soluciones "puras" reflejan menos tensión en la finalidad objetiva de los acontecimientos y resultan menos anárquicas; en cambio, en las respuestas "mixtas" hay más tensión y más ingredientes de anarquía. En la dimensión normológica, las soluciones "puras" son expresiones de afinidad plena entre los puntos de conexión y sus determinantes temporales, en tanto las respuestas "mixtas" reflejan menos correspondencia entre los pun-

tos de conexión y su determinación (10). En la dimensión dikelógica, las soluciones "puras" tienen más afinidad con la justicia monologal, en tanto las respuestas "mixtas" poseen más carga de justicia dialogal, con todos los riesgos que esta clase de justicia -más compleja que la monologal-significa. En las soluciones "mixtas" el espacio y el tiempo "axiales" no se corresponden, de modo que se fraccionan las influencias de justicia a las que atiende el punto de conexión, en aras a desfraccionar la importancia de otra perspectiva, adquiriendo así el punto de conexión cierta seguridad. Por ejemplo: la seguridad de la "domiciliariedad" es mayor si se la determina por el tiempo de adquisición de un bien (e incluso por el momento de la muerte del causante) que si se elige, entre sucesivos domicilios, el primero, segundo, etc. Al impliar un relativo cuestionamiento de la fundamentación del punto de conexión, las soluciones "mixtas" significan que su enfoque es puesto en crisis en la perspectiva de su determinación temporal.

4. El "cambio de estatuto" plantea un problema de determinación temporal por precisión, que a veces es resuelto por el autor de la norma y en otros casos queda en manos del encargado de su funcionamiento. La determinación tiene siempre caracteres intermedios entre la interpretación y la elaboración, y puede ser más dependiente de la proyección de los resultados de la primera o más cercana a la independencia que se ejerce en la elaboración. Las soluciones "puras" resultan más cercanas a la interpretación, porque guardan más relación con el punto de conexión en sí, en tanto las soluciones "mixtas" son más próximas a la elaboración, pues agregan un despliegue determinante distinto del

punto de conexión. En general, el avance hacia el ámbito de la elaboración y, en nuestro caso, la introducción de un determinante temporal distinto del punto de conexión, requieren una fundamentación propia, aparte del apoyo de la norma a determinar y, en el "cambio de estatuto", del apoyo del punto de conexión. Así, por ejemplo, en la solución "mixta" que determina, para el régimen de bienes en el matrimonio, el punto de conexión domiciliario al tiempo de la adquisición del bien, hay que fundamentar de manera especial que el bien y su adquisición son suficientemente significativos en la continuidad "cuasi-personal" matrimonial y domiciliaria de dicho régimen.

El difícil problema de la relación entre el espacio y el tiempo, tan "conscientizado" en nuestra época, se presenta aquí, a los fines de la determinación del Derecho aplicable, dentro de los límites de "espacialidad" establecidos por los puntos de conexión.

(*) Investigador del CONICET.

- (1) "Revue critique de droit international privé", t.78, N° 3, págs. 486 y ss.
- (2) Se trata de una expresión promovida por Bartin(GRAULICH, P., "Conflit de lois dans le temps", en "Répertoire de Droit International", Dalloz,t.II, pág. 509).
- (3) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1988, págs. 61 y ss. y 124 y ss.; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacio_nal Privado", 2a. ed., Buenos Aires, EJEA, t.I, 1952, págs. 329 y ss., SAVIGNY, F.C., "Sistema del Derecho Ro_mano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel

Poley, Madrid, Góngora, t.VI, 1879, págs.126/127(parág. CCCXLIV); RIGAUX, François, "Le conflit mobile en Droit International Privé", en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International, t.117, págs. 329 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t.I, 1972, págs. 275 y ss.; VALLADAO, Haroldo, "Direito International Privado", 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, t.I, 1974, págs. 266 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit International Privé", 5a. ed., con el concurso de Paul Lagarde, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t.I, 1970, págs. 380 y ss.; HAGE-CHANINE, Faly, "Les conflicts dans l'espace et dans le temps en matière de prescription", Paris, Dalloz, 1977, págs.301 y ss.; BOGGIANO, Antonio, "La doble nacionalidad en el Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, Depalma, 1973.

Acerca del tema trató el Institut de droit international (v. "Revue..."cit., t.70, N°4,págs.814/815).

En el horizonte jusfilosófico, v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a.reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976.

(4) "Revue..."cit., t. 78, N°3, pág. 487.

(5) GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit.,pág. 62.

Entre las soluciones sostenidas para el "cambio de estatuto", cabe recordar, sin embargo, la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, la precisión en el tiempo del punto de conexión y la aplicación de los principios

cipios del Derecho transitorio (v. GRAULICH, op.cit., págs. 510 y ss.). No obstante, acerca del Derecho transitorio puede c. nuestro trabajo "Reflexiones filosóficas sobre el Derecho Transitorio", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°6, págs. 11 y ss.

- (6) V. RIGAUX, op.cit., págs. 406 y ss.
- (7) V. GRAULICH, op.cit., págs. 509/510; también puede c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, F.I.J., 1985, págs. 29 y ss.
- (8) V. LEWALD, Hans, "Règles générales des conflits de lois", en "Recueil..." cit., t. 69, págs. 39 y ss.
- (9) Puede v. nuestro libro cit. "Perspectivas Jurídicas", págs. 65 y ss. Se trata, de cierto modo, del "conflicto" del punto de conexión y de la norma consigo mismos.
- (10) Acerca de la correspondencia y mera yuxtaposición, pue de v. nuestro trabajo obrante en "Juris", t.80, págs. 298 y ss.

CRISIS DEL NATURALISMO ETICO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

Una de las grandes líneas de ataque contra las ideas éticas ha sido el naturalismo, sea cuestionando lisa y llanamente todo planteo ético o pretendiendo disolver la ética en una posición legitimante de la naturaleza (1). Sin embargo, podría decirse que, con cierta marcha "dialéctica", el naturalismo de la legitimación de la naturaleza ha crecido hasta encontrar su propia negación. Hoy, con el formidable incremento de las posibilidades humanas que, a través de la genética, va permitiendo "generar" la naturaleza, ese naturalismo ha entrado en crisis (2). Mientras hubo una naturaleza humana "natural", pudo decirse de cierto modo que sólo ella importaba o que la ética exigía estar de acuerdo con ella, pero hoy, cuando va siendo posible, por ejemplo, decidir si se "fabricará" un hombre o un ser "infrahumano", ya no puede sostenerse con igual firmeza la legitimación de una "naturaleza previa". Al acercarse al papel creador, el hombre queda, casi como un dios, notoriamente liberado de una realidad "natural" y referido de manera más clara a la ética de su decisión.

Es más: si los valores constituyen despliegues del deber ser del propio ser (3), la crisis referida presenta un planteo inverso: el ser es en relación con el deber ser. Aquí

el ser surge de una dirección del deber ser. En el horizonte quedan la vieja polémica entre "intelectualismo" y voluntarismo y la discusión acerca de la existencia del creador y la espontaneidad(4). La brecha entre antropología y teología se va cerrando. Quizás al hilo de la expansión del universo se esté "compactando" su problemática(5).

(*) Investigador del CONICET.

- (1) Pueden v. diversas acepciones del término "naturalismo" por ej. en FERRATER MORA, José , "Diccionario de Filosofía", 5a.ed., Buenos Aires, Sudamericana, 1965, t. II, págs. 257 y ss.; cabe tener en cuenta una sistematización de posiciones acerca de lo "dado" en GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a. reimp., Buenos Aires, Depalma, 1987, págs. 482 y ss.; v. además, v.gr., SOAJE RAMOS, G., "Elaboración del problema del valor", en "Ethos", Buenos Aires, Nº1, págs. 105 y ss.
- (2) Acerca del tema de la genética humana, v.por ej. el material del "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", Nº 11.
- (3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, FIJ, 1986; "Filosofía, Literatura y Derecho", Rosario, FIJ, 1986.
- (4) Puede v. por ej. FERRATER MORA, op.cit., t.I., págs. 977 y ss. ("Intelectualismo") y t.II, págs. 922 y ss. ("Voluntarismo"); BATIFFOL, Henri, "Problèmes de base de Philosophie du Droit", Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1979, págs. 11 y ss.

Podría decirse que el tiempo de los "ordenadores" va siendo, cada vez más, superado por el tiempo de los "inventores" (v.por ej. en relación con el tema CASTAÑO PIÑAN, Alfonso, "Prólogo" a DUNS SCOTO, "Tratado del Primer Principio", trad. Alfonso Castaño Piñan, 3a. ed. en BIF, Buenos Aires, Aguilar, 1964, pág. 15). Con palabras de Duns Scoto podría decirse que nada en absoluto tiene un orden esencial a sí mismo (v. DUNS SCOTO, op.cit., pág. 29 -cap. II, primera conclusión).

- (5) Quizás se advierta que en definitiva el problema es uno y universal.

DOS NOTAS DE DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

I. El artículo 270 del Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe, una norma inconstitucional

El Derecho Procesal Internacional Privado se constituye como materia diferenciada en relación con el Derecho Procesal por ser el sector jurídico donde a través de las cuestiones procesales se juega, de cierto modo, el Derecho Internacional Privado "de fondo"(1). El desconocimiento de las particularidades de la materia suele conducir, sin embargo, a la desviación y la desubicación de las soluciones procesales jusprivatistas internacionales. En nuestro país esto último tiene especial importancia por el carácter local de los regímenes procesales y, entre las normas que más evidencian dicha desubicación, se encuentra el artículo 270 del CPCCSF, referido a la ejecución de las sentencias dictadas en el extranjero. El artículo mencionado agrega a las condiciones expresadas en el art. 269 las que se requieren en la nación en que se hubiera pronunciado la sentencia para dar efecto a las dictadas en la República, llegando a disponer que si allí "no se diere cumplimiento a las sentencias de los tribunales argentinos, dicha sentencia no tendrá fuerza en la provincia"(2).

Las sentencias poseen contenidos "de fondo", cuyo destino debe quedar relativamente resguardado (por ejemplo, a través del orden público) y el destino de esos contenidos, que en nuestra materia deben encaminarse genéricamente al respeto al elemento extranjero y la tolerancia (3), como lo reconoce de cierto modo el Derecho Internacional Privado legislado por la Nación, no puede quedar frustrado por una provincia que, confundiendo ese enfoque "privatista" de esta rama jurídica, la somete a la publicista influencia de la reciprocidad (4).

Entendemos que el artículo 270 del CPCCSF es inconstitucional, porque avanza sobre la facultad de legislar el Derecho Internacional Privado que corresponde a la Nación. Lo que es todavía más grave: lo hace con un criterio francamente opuesto al del Derecho Internacional Privado que ésta ha establecido y a la exigencia dikelógica que individualiza a nuestra rama del Derecho (5).

II. La inferioridad del argentino para obtener la ejecución de una sentencia extranjera en la Provincia de Santa Fe

Una consecuencia sistemática de nuestro Derecho Procesal Internacional Privado, que creemos no querida por los legisladores, es la inferioridad procesal en que resultamos los argentinos para obtener la ejecución de sentencias extranjeras en la Provincia de Santa Fe. El artículo 269 del CPCCSF establece que las sentencias dictadas en el extranjero se harán efectivas si no han sido dictadas en rebeldía, si el demandado tenía su domicilio en la República (inc. 2º) y el artículo 270 CPCCSF, acentuando el chauvinismo del anterior, introduce, como expusimos, el juego de la reciprocidad. Estos

artículos son necesariamente aplicados cuando se trata de ejecutar en el marco de los tribunales provinciales en lo Civil y Comercial. Sin embargo, no son aplicables cuando la ejecución se gestiona ante los tribunales federales, que aplican los artículos 517 y ss. del CPCCN, cuyo espíritu es más cosmopolita, y son estos tribunales los que pueden intervenir cuando quien solicita la ejecución es un extranjero. Como las dos disposiciones santafesinas tienen fuerte influencia en el Derecho Internacional Privado de fondo, el juego de los dos regímenes -provincial y federal- conduce a que la garantía que se pretende dar a los extranjeros respecto del proceso argentino, mediante la jurisdicción federal, se convierte, en los hechos, en cierta discriminación "de fondo" contra los argentinos que adquiere, también, caracteres de inconstitucionalidad.

Digámoslo una vez más: urge reformar el CPCCSF en las áreas relacionadas con el Derecho Internacional Privado.

- (*) Investigador del CONICET.
- (1) Sobre la existencia del Derecho Procesal Internacional Privado, puede v. nuestro trabajo referido a él que se publica en este mismo número de "Investigación y Docencia".
- (2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Los efectos de las sentencias extranjeras según el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe", en "Juris", t.36, págs. 243 y ss.; v. en relación con el limitado juego jurisprudencial y doctrinario de la cuestión, por ej., ALVARADO VELLOSO, Adolfo, "Estudio Jurisprudencial- Código Procesal Civil y Comercial Provincia de Santa Fe", Santa Fe, Rubinzal y Culzoni, 1986, t.II, págs. 972/973;

"Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Sante Fe", Rosario, Zeus, 1973, t.II, págs. 715/716.

- (3) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a.ed., Buenos Aires, Depalma, 1988; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Derecho Intrnacional Privado; rama del mundo jurídico", Rosario, 1965 (y 1967).
- (4) Puede v. nuestro trabajo "Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado", en "Revista de Derecho Internacional y Cs. Diplomáticas", Nos. 46/47, págs. 17 y ss.
- (5) Cabe decir que Santa Fe está agregando, con su art.270 CPCC, una característica negativa más a la norma básica consuetudinaria del reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras que, en última instancia, pertenece al Derecho Internacional Privado.
- (6) La inferioridad del solicitante de la ejecución de la sentencia extranjera en el CPCCSF no se compensa con otros rasgos relativamente más generosos respecto del régimen del CPCCN, por ejemplo, en cuanto a la jurisdicción del tribunal de origen.
En general, acerca del reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, v. GOLDSCHMIDT, op.cit., págs. 481 y ss.; FRANCESCAKIS, Ph.-LUCAS, Henri- Jacques y WESER, Martha, "Jugement étranger", en "Répertoire de Droit International", Dalloz, t.II, págs. 206 y ss.;etc.

LA EXISTENCIA DEL DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL PRIVADO(*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

I. Ideas fundamentales

1. El Derecho es identificable al hilo de las respuestas a las posibilidades de realizar un complejo de valores que culmina en la justicia; con más proximidad puede hablarse de un conjunto de repartos de potencia e impotencia captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (1). Sin embargo, las posibilidades de realizar la justicia a través de repartos y normas no son indiferenciadas, sino que, por el contrario se diversifican según distintas exigencias que determinan la existencia de diferentes ramas relativamente "autónomas", con disímiles grados de "autonomía" (2). Entre esas "ramas" del "mundo jurídico" se encuentran el Derecho Internacional Privado, sigo nado en definitiva por la exigencia de respetar al elemento extranjero a través de repartos y normas que, en consecuencia, deben tener caracteres especiales (principalmente de extraterritorialidad "limitada" y alcance indirecto)(3) y el Derecho Procesal, identificable por la necesidad de conocer y dominar la realidad en los repartos judiciales y administrativos, también a través de repartos y normas que han de poseer caracteres especiales (principalmente de tensión en

tre posibilidad y realidad y de determinaciones normativas (4)). Como las ramas del mundo jurídico no son compartimientos estancos, los "espacios" intermedios poseen diferentes caracteres más o menos próximos a los extremos a que se refieren y, entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Procesal, es posible reconocer el Derecho Internacional Privado Procesal, el Derecho Procesal Internacional Privado y el Derecho Procesal de Extranjería (5).

El Derecho Internacional Privado Procesal significa el más alto grado de respeto procesal al elemento extranjero, hasta el punto de recurrir a la posibilidad de extraterritorialidad y a normas indirectas para declarar aplicables a las cuestiones procesales "materiales" la "lex causae" y a las cuestiones procesales "formales" la "lex fori". El Derecho Procesal Internacional Privado organiza y orienta la propia administración ("fori") de justicia para que aun en el marco "formal", con predominio de soluciones territoriales y normas directas, se respete al elemento extranjero mediante un proceso con caracteres específicos.

El Derecho Procesal de Extranjería se ocupa del tratamiento procesal de los elementos extranjeros, aunque no sean relevantes para el Derecho Internacional Privado (6). Se pasa así del primer sector, más afín al Derecho Internacional Privado, al ámbito más próximo al Derecho Procesal, originado con frecuencia por rasgos determinados por otras esferas de influencia, por ejemplo del Derecho Internacional Público o el Derecho Constitucional.

Cuando hablamos del Derecho Internacional "Privado" Procesal y del Derecho Procesal Internacional "Privado" no abrimos juicio sobre el carácter Público o Privado de estas ramas jurídicas, ni del Derecho Procesal en general: sólo pretendemos hacer referencia a la rama "de fondo" con que

nos relacionamos, diferenciándola del Derecho Internacio
nal Público. No creemos inútil aclarar que a su vez tam
po co esos espacios intermedios forman compartimentos estan
cos, sino, por el contrario, tienen zonas de confluencia,
y asimismo no se ha de ignorar que dichas áreas interme
dias poseen además afinidades con otros sectores relacio
nados con ramas parcialmente semejantes, por ejemplo con
el Derecho Civil, Comercial o Laboral Procesales y con el
Derecho Procesal Civil, Comercial o Laboral, estas últimas
ya ampliamente reconocidas.

El presente relato no pretende desconocer tales afinida
des, sino sólo contribuir al reconocimiento de una perspec
tiva que puede ser importante para que se logre mejor la
justicia requerida por el Derecho Internacional Privado "de
fondo". En definitiva, se trata de aclarar los caracteres
específicos que ha de tener el proceso (no sólo cuando de
ba aplicar la "lex causae" a las cuestiones "materiales",
como lo exige el Derecho Internacional Privado Procesal)
para que se concrete el respeto al elemento extranjero
que debe llevar a cabo el Derecho Internacional Privado.

b) Necesidad del reconocimiento del Derecho Procesal
Internacional Privado

2. El proceso debe reconocer la realidad y realizar en
ella el Derecho "de fondo", resolviendo los casos que se
presenten y amparando contra las amenazas que el Derecho
"de fondo" desea superar. En razón del especial "espacio"
cultural entre sus componentes, la comunidad jusprivatista
internacional presenta conflictos y amenazas propios, dife
rentes de los conflictos y amenazas de las comunidades jus
privatistas internas. Venciendo el "ruido" que interfiere

en la comunicación entre las culturas a nivel internacional, el proceso jusprivatista ha de hacer posible la realización del equivalente imitador de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero con cuyo país el caso se conecte, y los problemas respectivos son especiales, distintos de los que enfrenta el proceso jusprivatista de Derecho Interno. No es por azar que la preocupación por la "efectividad" gana ahora terreno en los planteos de Derecho Internacional Privado (7).

El proceso para un caso de Derecho Internacional Privado donde se declare aplicable el Derecho extranjero, sea en uno o varios aspectos, adquiere carácter "vicario" del proceso que normalmente deberían producir los jueces de los ordenamientos de referencia. Además pueden existir despliegues extranjeros sólo procesalmente relevantes, como puede serlo la personalidad extranjera de un testigo o un perito. El proceso debe realizar así una integración cultural que, aun en las soluciones territoriales y directas, debe construirse en gran medida sobre bases sintéticas y con relación a configuraciones situacionales que en definitiva deben apreciar los jueces.

3. La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado se evidencia ya cuando las normas del Derecho Procesal aparentemente Civil, Comercial o Laboral (o sea del Derecho Procesal Interno) son sometidas a una interpretación sistemática para los casos jusprivatistas internacionales, pues el subordenamiento normativo procesal es dependiente desde cierta perspectiva del subordenamiento "de fondo", e incluso muestra en el Derecho Procesal Interno carencias históricas por problemas procesales jusprivatistas internacionales no contemplados y exige en definitiva la producción de

carencias dikelógicas respecto de otros que han sido injustamente resueltos. Además en definitiva el funcionamiento de la norma exige siempre la comprensión del caso (8), y en los problemas procesales jusprivatistas internacionales esta comprensión requiere las perspectivas integradas del Derecho Procesal y el Derecho Internacional Privado. Sólo la comprensión de los casos a través de un proceso específico permite que las normas del Derecho Internacional Privado culminen debidamente su funcionamiento. En suma, no cabe duda que siempre las deficiencias de las formalizaciones pueden salvarse profundizando en los niveles más hondos de lo jurídico, pero para que esa profundización encuentre vía expedita en este marco es necesario el reconocimiento de que el proceso jusprivatista internacional constituye una materia específica, con espíritu propio exigente de soluciones diferentes.

Urge evitar que por ejemplo -como se ve en la necesidad de consagrarlo la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado en su artículo 3- la falta de procedimientos adecuados en un Estado lleve a la negativa respecto de la aplicación debida de la ley de otro Estado. La necesidad frecuente de uniformar el Derecho Procesal y el Derecho Internacional Privado relacionado con él-evidenciada en general por la obra de la CIDIP- muestra la exigencia de impedir que por el proceso fracase el "fondo".

4. Ya en otras páginas nos hemos referido al significado de las relaciones entre "fondo" y proceso, pero séanos permitido señalar aquí que en el Derecho "de fondo" anidan en general las exigencias más "directas" de justicia, en tanto que en el proceso han de realizarse sobre todo la verdad y la utilidad con que la justicia ha de integrarse e incluso

el poder con que debe coadyuvar. Para que tales relaciones de integración y coadyuvancia se realicen es imprescindible el reconocimiento de la insuficiencia de la justicia abstracta, desprovista de medios e impotente y de los caracteres especiales de la verdad, la utilidad y el poder respectivos, en nuestro caso a la luz de la marcha de la especial justicia del Derecho Internacional Privado. Cuando en cambio la justicia, la verdad, la utilidad y el poder pretenden ignorar las relaciones que deben guardar entre ellos se producen falsificaciones en que la justicia, la verdad y la utilidad se arrogan cada una los materiales estimativos que corresponden a las otras, la justicia se invierte contra el poder o éste se subvierte contra la justicia (9). Del reconocimiento del Derecho Procesal Internacional Privado depende que esto no suceda en el área jusprivatista internacional.

Por otra parte, la radical separación entre proceso y "fondo" significa un excesivo fraccionamiento de la justicia, que prescinde indebidamente de los despliegues del complejo real de los casos.

5. Al comparar el Derecho Procesal Internacional Privado con el Derecho Procesal Civil y Comercial con que suele confundirse y con el Derecho Procesal Penal, nuestra rama resulta en un "lugar" frecuentemente intermedio entre ambos, por ejemplo en cuanto a la mayor autoridad, "oficialidad" y apego a la verdad material del Derecho Procesal Penal y los niveles relativamente menores que en estos aspectos tiene el Derecho Procesal Civil y Comercial. Desde otras perspectivas, sin embargo, v.gr. en cuanto a las posibles carencias históricas por el carácter imprevisible de las circunstancias y la necesidad de elaboraciones judiciales, el Dere-

cho Procesal Internacional Privado ocupa un lugar más destacado.

6. El Derecho Procesal Internacional Privado debe salvar el espacio cultural que anida en la comunidad jusprivatista internacional a través de más elasticidad en cuanto al tiempo y mayor apoyo "gubernamental", especialmente judicial, a los elementos extranjeros débiles; su misión es "juridizar" el espacio internacional en cuanto se refiere al proceso de Derecho Privado. Urge amparar al elemento extranjero para que acceda a una real administración de justicia, o sea impidiendo la denegación internacional de la misma, y teniendo en cuenta que la extranjería puede manifestarse de manera especial en los aspectos procesales, por ejemplo -como hemos señalado- a través de la dependencia de testigos o peritos conectados con el extranjero; pero también hay que evitar que el elemento extranjero se arrogue el "lugar" que corresponde al elemento nacional.

La necesidad de tribunales especiales para los casos de Derecho Internacional Privado es sólo uno de los aspectos de la aristocracia especial que deben tener los repartidores de los procesos jusprivatistas internacionales, incluyendo no sólo la calificación de sus personas sino de los repartos procesales que produzcan. El reconocimiento pleno del Derecho Procesal Internacional Privado se complementa, así, con la necesidad de tribunales especiales.

7. La comprensión de la existencia de esta rama del mundo jurídico es un aspecto de la comprensión del "sistema jurídico" que abarca la totalidad del complejo del Derecho y es tema de la "Teoría General del Derecho"(10). La relación del proceso con el "fondo" depende en gran medida de

la concepción jusfilosófica que se tenga: el positivismo normológico puede originar más dificultades -sobre todo en cuanto continúa la línea de la exégesis, más que en el positivismo kelseniano-; también puede tenerlas el unidimensionalismo dikelógico y, en cambio, la relación es más comprensible para concepciones más abiertas a las tres dimensiones jurídicas, principalmente para la egología, el tridimensionalismo de Miguel Reale y el trialismo. En cambio, es posible la confusión de las dos áreas en el unidimensionalismo sociológico.

El abuso de la separación del proceso y el "fondo" es siempre una expresión del exceso en el análisis y un indicio de racionalismo, ambos ajenos a la comprensión de que superados ya el globalismo y el practicismo hay que arribar en definitiva a la síntesis y al empirismo integral. La indebida separación entre ambos es además un abuso en la distinción del "deber ser" que se expresa en el Derecho "de fondo" y el "ser" de la realidad con que toma contacto en el proceso y, en última instancia, tiene connotaciones maniqueas y de idealismo genético por apoyarse en la desjerarquización de la materia y en la creencia de que el método identifica al objeto. Se trata de una expresión de abuso del estilo vital de la "civilización", que fácilmente pue de conducir a la decadencia.

c) Líneas de coincidencia entre el Derecho Procesal Internacional Privado y el Derecho Internacional Privado

8. El Derecho Procesal Internacional Privado coincide con el Derecho Internacional Privado en cuanto a los casos a resolver, en los que el elemento extranjero no deja de ser tal por estar en el proceso, y a las soluciones que deben respe



tar a dicho elemento. El método y las normas del Derecho Procesal Internacional Privado son también, aunque limita damente, indirectos. Las normas jurisdiccionales emplean un método relativamente indirecto; en el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras se alcanza ese carácter de manera "pasiva", por la superposición de un ámbito respecto de otro (11); la legalización de documentos extranjeros debe producirse de acuerdo con el Derecho del país de origen, y la aplicación del Derecho Procesal "fori" a las cuestiones "formales" se efectúa en base a una norma indirecta. Sin embargo, nos parece especialmente significativo tener en cuenta que la elaboración de las normas directas que rigen los trámites procesales en los aspectos formales debe apoyarse asimismo en los métodos indirecto, analítico analógico (procesal) y sintético judicial para respetar a los elementos extranjeros, sean éstos señalados por el Derecho "de fondo" o aparecidos en el proceso.

La relación entre ambas ramas jurídicas se evidencia tam bién en la necesidad de tener en cuenta las posibilidades procesales para elegir el Derecho aplicable. Por ejemplo, es la dificultad y onerosidad de la prueba del Derecho extran jero uno de los motivos que suelen argumentarse a favor de la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes a la sucesión (12). Además las conductas procesales sue len tener profundos significados -v.gr. como elección del Derecho aplicable- en el Derecho "de fondo", de modo que el espíritu de su realización procesal debe ser iluminado por éste.

9. Si bien el proceso es relativamente "independiente" del "fondo" como necesidad de conocer y transformar la rea

lidad y sobre todo como desarrollo de la oportunidad de recurrir a la justicia, se trata de una independencia para la dependencia respecto de lo dispuesto en el "fondo". En nuestro ámbito la "independencia" se muestra por ejem

pto en la búsqueda de calificaciones propias -por ej. de un domicilio especial a los fines jurisdiccionales-, pero la dominación se exhibe en la calificación del Derecho extranjero, que influye en la condición procesal del mismo; en la necesidad de evitar que el fraude procesal permita burlar al Derecho Internacional Privado; en la posibilidad de que el Derecho Internacional Privado remita las cuestio

nes procesales a un Derecho por él establecido y en el limitado rechazo que debe contener el Derecho Procesal respecto de las exigencias del Derecho Internacional Privado a realizar (13).

Así como el Derecho Internacional Privado no excluye al Derecho Privado Interno ("elige" entre sus diversas concreciones nacionales), el Derecho Procesal Internacional Privado a su servicio no excluye al Derecho Procesal Civil, Comercial o Laboral. Sin embargo, de modo semejante a cómo el Derecho Internacional Privado prevalece sobre el Derecho Privado Interno, el Derecho Procesal InternacionaPrivado prevalece sobre el Derecho Procesal Civil, Comercial o Laboral.

ch) Temas del Derecho Procesal Internacional Privado

10. A nuestro parecer, una prueba de la existencia del Derecho Procesal Internacional Privado es la significación y cantidad de los temas que -con distintas jerarquías- merecen ser analizados para reconocer las diferencias que pueden separarlos del Derecho Procesal Civil, Comercial o Labo

ral (Derecho Procesal Interno). En líneas generales esos temas son ejemplificables con la jurisdicción internacional, la organización judicial, los principios procesales, la condición del Derecho extranjero, los trámites procesales y el reconocimiento y la ejecución de sentencias y actos administrativos.

11. En relación con la jurisdicción internacional, cabe analizar los títulos especiales para su otorgamiento, a fin de respetar la existencia de jueces "naturales" y evitar la denegación internacional de justicia; la posibilidad de prórroga de jurisdicción y de sujeción a árbitros; el riesgo del "forum shopping"; la existencia de domicilio especial a los fines jurisdiccionales y el predominio relativo que a nivel internacional tiene la inhibitoria sobre la declinatoria (14). También corresponde atender a los "cambios de estatutos" jurisdiccionales.

12. En cuanto a la organización judicial con miras al Derecho Internacional Privado, se ha de tener en cuenta la propuesta de que haya tribunales especiales para la materia, en los que, según entendemos, debe haber jueces, fiscales y defensores especializados, particularmente componertrados del espíritu del Derecho "de fondo". Los fiscales han de proteger no sólo el "orden público" de la comunidad nacional sino también el de la comunidad internacional, o sea no sólo el juicio básico que con principal referencia a la condición humana tiene la comunidad nacional, sino además las opiniones fundamentales que poseen la comunidad nacional y la comunidad internacional respecto a la vida internacional. Una de las tareas que les corresponde es, asimismo, proteger contra el fraude al Derecho propio y el Dere-

cho extranjero. Los defensores oficiales de los elementos extranjeros deben cuidar que la representación de éstos —sean sus intereses particulares o comunes— se ejerza debidamente, y salvar las deficiencias que encontraran; marco éste en que se sitúa —por ejemplo— también la intervención consular. Además son necesarios abogados especializados, debiendo considerarse la posibilidad de exigir la intervención de letrados versados en Derechos extranjeros y, toda esta especialización, requiere que los juristas que intervengan en los procesos jusprivatistas internacionales sean formados mediante el estudio —tal vez de posgrado— del Derecho Comparado.

Las causales de recusación y excusación del proceso interno pueden incrementarse aquí por la enemistad o especial amistad del juez con países con que se relaciona el caso. Aunque pertenezca a la organización judicial de un país, el juez de Derecho Internacional Privado es en cierto sentido un juez "internacional".

13. En cuanto a principios del proceso jusprivatista internacional, ha de tenerse en cuenta el carácter tuitivo del elemento extranjero que debe tener este proceso; semejante, aunque menos intenso, al carácter protector del Derecho Procesal Laboral respecto del trabajador. Esto significa además que los jueces actúen de oficio para proteger a dicho elemento extranjero y sobre todo —como destacaremos— para incorporar el Derecho extranjero. Asimismo exige que haya cierta autonomía de las partes en cuanto a organización tribunalicia, por ejemplo, a través de la mayor amplitud en la actuación de ejecutores testamentarios designados por los causantes.

En el marco internacional, principios como los de inmediación y economía deben ser adaptados. En cuanto a la economía, cabe señalar que la distancia puede originar la inconvenencia de ciertos trámites cuyos beneficios se extinguen con ella.

14. Aunque la condición procesal del Derecho extranjero no depende totalmente de su calidad, la relación que establece entre ellos el tratamiento doctrinario frecuente orienta acertadamente a pensar que entre "fondo" y proceso existe una importante vinculación. Ya señalamos que el Derecho extranjero debe someterse al principio de la oficialidad, principio éste que debe abarcar también los hechos que deciden la elección, salvo en la medida que haya ejercicio válido de la autonomía de las partes. Como el Derecho extranjero a tener en cuenta a través de su equivalencia nacional es la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero, su conocimiento requiere una tarea conjetural a cuyo servicio deben producirse trámites -por ej. pruebas- especiales. La negligencia judicial en investigar el Derecho extranjero puede ser considerada con miras al concepto de retardada justicia.

15. El trámite del proceso jusprivatista internacional requiere numerosas consideraciones especiales. En cuanto a los actos y diligencias procesales, se ha de tener en cuenta la posibilidad de no exigir que se acredite la personalidad con igual rigor de trámite que el que puede requerirse en la menor "distancia cultural" interna, aunque quizás exigiendo más fuerza de convicción. La obligatoriedad de intervención de letrado y los alcances del poder deben

adaptarse cuando se trate de medidas urgentes y debe tenerse en cuenta la posibilidad de purificar los actos procesales que de acuerdo con el Derecho de un país legítimamente conectado con el caso serían válidos; incluso ha de pensarse en admitir el "acto procesal putativo". Quizás la admisibilidad de medios de prueba deba decidirse no sólo por la ley que rija al fondo, sino por todo el complejo cultural de los elementos procesalmente importantes.

Con miras a las notificaciones, ha de estudiarse la posibilidad de que cuando se aplique la ley de un país por una conexión real sea requerible la publicidad en dicho lugar e incluso que siempre sea exigible la publicidad en el lugar de situación de los bienes. Como lo evidencia por ejemplo el caso Vlasov, aún más allá de las apariencias el asiento procesal de un caso puede no corresponder al asiento de fondo y, además, puede no ser agotable en un país, incluso fuera de las perspectivas que evidencie el Derecho de fondo. Por otra parte, mucho es lo que se ha escrito sobre auxilio judicial internacional a obtener a través de exhortos.

Las excepciones de litispendencia y de cosa juzgada a nivel internacional deben tener en cuenta los efectos que alcanzaría el pronunciamiento extranjero posible o real en el propio medio, temas éstos que en el ordenado y coherente marco del Derecho Interno poseen menos posibilidades.

16. Mucho se ha escrito y dispuesto acerca del tratamiento de los documentos extranjeros. En cuanto a los testigos, cabe considerar su arraigo personal (que conduce a aplicar su "ley personal") a los fines de su juramento, del idioma más adecuado para su declaración y del valor mismo de su testimonio, que no se agota en la "lex causae". En suma, se ha

de tener en cuenta la cultura desde la cual son testigos. Esta misma consideración es válida para los peritos, que han de ilustrar en relación con el marco cultural en don de son peritos, y lo propio puede decirse de las presunciones a establecer de acuerdo con todo el complejo cultural que reflejan. En suma, las pruebas en general han de ser entendidas en su proyección procesal intercultural, e incluso cabe considerar si en los casos de duda ha de resolverse a favor del elemento extranjero, de modo parecido al favor del reo en el proceso penal.

17. En cuanto a la caducidad procesal, el término ha de establecerse teniendo en cuenta la realidad internacional del proceso y, en especial, respecto a fuerza mayor, las circunstancias de los domicilios reales de las partes.

Cuando para imponer las costas haya que apreciar la razón que hubo para litigar deben tenerse en cuenta las similitudes y diferencias entre las culturas jurídicas, que pueden haber aclarado u oscurecido la perspectiva del litigante. Los casos resueltos mediante el empleo del método sintético judicial son marcos en que la razón para litigar puede resultar especialmente diversificada.

18. En cuanto a aseguramientos de bienes, de pruebas y de personas cabe ampliar las reglas de competencia internacional. El arraigo y el beneficio de pobreza se hacen en este marco especialmente importantes y riesgosos, a través de la tensión entre las exigencias de asegurar el cobro de las costas y el debido acceso a la justicia. En la esfera internacional se ha de tener en cuenta que se puede ser "pobre" en razón de la distancia.

19. Cuando hay apartamiento del equivalente de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero se produce "arbitrariedad internacional" y debe considerarse la posibilidad de los recursos que se brindan contra ella en la esfera interna.

En el ámbito internacional las posibilidades de conocer el Derecho se reducen con relación a las posibilidades de conocer el Derecho Interno, de modo que para hacer justicia esta diferencia ha de ser tenida en cuenta, aun cuando se trate de la dificultad para conocer nuestro propio Derecho de parte de los extraños.

20. En cuanto a los procesos en especial, en numerosas oportunidades se hace sostenible, en la esfera internacional, la necesidad de ampliar los términos; en particular, por ejemplo, los que se establecen para estar a derecho, para la prueba, para interponer recursos, etc. Cabe recordar que el "salto cultural" internacional es análogo al que a veces se tiene en cuenta para ampliar los términos de los recursos contra las sentencias de los jueces "de Paz" legos (v. por ej. art. 575 Cód.Proc.Civ.y Com.Sta.Fe).

21. Dada la complejidad de los casos jusprivatistas internacionales se hace especialmente recomendable el arbitraje, sobre todo cuando es necesario el método sintético judicial; de manera semejante a los juicios de cuentas complicadas y de difícil justificación para los que también suele proyectarse tal vía de solución. También en tales casos los árbitros deben "juzgar" ex aequo et bono, moderando, según las circunstancias, el rigor de las leyes y dando a los elementos de prueba mayor o menor eficiencia de la que corresponde por Derecho legal.

Dada la "distancia" jurídica internacional, en los casos de nuestra materia el otorgamiento del juicio ejecutivo o su denegación, para que se vaya por vía declarativa primero, adquiere una importancia decisiva que no tiene normalmente en el ámbito interno. En razón del tiempo y de las posibilidades de reconocimiento y ejecución en el marco internacional, el trámite declarativo y el trámite ejecutivo posterior pueden no ser equivalentes al trámite ejecutivo inicial, seguido, si se creyera necesario, del juicio declarativo (15). El informe sobre el valor de la cosa a entregar en el extranjero para el mandamiento de embargo debe hacerse de acuerdo a la realidad económica de su situación en sus despliegues "absolutos" (situación "real") y "relativos" (respecto del lugar en que ha de efectivizarse el cumplimiento). Cuando se trate de bienes no registrables, resulta especialmente significativa la publicación de edictos en los lugares de sus situaciones anteriores y, en caso de ser bienes registrables, puede ser justo el pedido de informes a los registros de las situaciones anteriores.

22. Los trámites especiales que se otorgan para recurrir por violación de ley o doctrina legal deben tenerse en cuenta cuando se dicta un fallo diferente de otro dictado de acuerdo al mismo Derecho en el país de origen de la regla jurídica en cuestión (en Santa Fe, por ejemplo, la apelación extraordinaria del Tribunal Colegiado de Juicio Oral a la Cámara de Apelaciones, art. 566 del Cód. cit.).

En las sucesiones internacionales puede ser justo publicar edictos en los diversos domicilios significativos que haya tenido el causante durante su vida o en los lugares de situación de sus bienes. En el avalúo de un bien extran-

jero deben tenerse en cuenta los datos especiales que pueden aportar los peritos del lugar de su situación, atendiendo además a la necesidad de efectuar la "conversión" económica respecto del lugar en que pretenda obtenerse el avalúo, que generalmente es el de "asiento" de la sucesión.

Mucho es lo que se ha desarrollado respecto de la quiebra y el concurso internacionales que son, con claridad, también cuestiones de Derecho Procesal Internacional Privado. La protocolización de instrumentos públicos extranjeros es oportunidad para la intervención del posible agente fiscal del Derecho Internacional Privado. Por otra parte, en cuanto a los trámites de declaración y cese de incapacidad, ha de tenerse en consideración la especial problemática de intervención de tribunales diferentes para el cese de la incapacidad declarada por otro, evidenciada por ejemplo entre nosotros por el caso López Taboada. En la declaración de simple ausencia y de ausencia con presunción de fallecimiento debe tenerse en cuenta la posible conveniencia de llevar a cabo la publicidad en los diversos "asientos" de la persona y los bienes. Cuando se debe resolver si oír al menor para el discernimiento de la tutela, hay que tener en consideración la edad más baja que puede aconsejar la ley de residencia del menor.

23. El reconocimiento y la ejecución de sentencias y resoluciones administrativas extranjeras da lugar a un Derecho Internacional Privado "paralelo", que motiva importante atención positiva y científica (16).

24. La jurisprudencia argentina respecto de estas cuestiones que a nuestro entender contribuyen a demostrar la existencia del Derecho Procesal Internacional Privado (co

mo rama "concurrente" con el Derecho Procesal Civil, Comercial o Laboral) ha sido ya significativamente relevada(17). Cabe recordar especialmente que en el caso Berman, de no haber mediado la mayoría de edad de la causante, pudo ser necesario un procedimiento especial, como lo entendió el juez de primera instancia; en la "especie" El Hatillo las exigencias procesales determinaron la solución del Derecho "de fondo" y, a nuestro parecer, un caso donde se ha evi- denciado de manera particular el equilibrio entre el procedimiento y el objeto a procesar es el recientemente resuelto por los tribunales rosarinos con motivo de un exhorto de Santa Cruz de la Sierra en autos "Soc. Anónima Comercial e Industrial c. Industrias Walter. Demanda ejecución de sentencia" (18). La especial necesidad de evitar la denegación internacional de justicia ha influido en las soluciones de los caos Vlasov y Falconer de Bott.

La jurisprudencia de proyección"internacional" es también marco de numerosos aportes para el descubrimiento del Derecho Procesal Internacional Privado (19).

(*) Ideas básicas del relato presentado al VII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Interna- cional - II Congreso Argentino de Derecho Internacional "Joaquín V. González".

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1976; CIU RO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Buenos Aires, Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las In-

- vestigaciones Jurídicas, 1982 y 1984; "Perspectivas jurídicas", Rosario, FIJ, 1985.
- (2) Es posible v. CIURO CALDANI, ops.cits., esp. "Estudios...", t.II, págs. 174 y ss.
- (3) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho International Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978, págs. 5 y ss.
- (4) Puede v. CIURO CALDANI, "Estudios..." cit., t.III, págs. 93 y ss.
- (5) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Un ensayo de fundamentación iusfilosófica del Derecho Justicial International Privado", en "Doctrina Jurídica", 17 y 24 de noviembre y 1º y 9 de diciembre de 1973; "Nuevas reflexiones sobre Derecho Justicial International Privado", en "El Derecho", t.48, págs. 823 y ss.; "Derecho Justicial International Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado", en "La Ley", t.155, págs. 1103 y ss.; "Hacia un Derecho Procesal International Privado (Derecho justicial material: la jurisdicción internacional)", y "Un caso de Derecho Procesal International Privado", nota a fallo, en "El Derecho", 6/III/1985.
- (6) Puede hablarse así de la simple condición del extranjero en el proceso.
- (7) V. RIGAUX, François, "Une imposante synthèse allemande en droit international privé", en "Revue critique de droit international privé", t.71, págs. 258/259.
- (8) Puede v. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a.ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1964, por. ej. pág. 707.

- (9) Es posible c. CIURO CALDANI, "Estudios..."cit., t.II, págs. 16 y ss.
- (10) Puede v. CIURO CALDANI, "Perspectivas..."cit.
- (11) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado", en "Revista de Derecho Internacional y Ciencia Diplomáticas", 46/47, págs. 17 y ss.
- (12) V. por ej. REVEILLARD, Marie-L., "La liquidation d'une succession internationale: Difficultés rencontrées dans la pratique notariale", en "Revue..."cit., t.67, v.gr. pág. 256.
- (13) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 59 y ss.
- (14) V. VITTA, Edoardo, "Corso di diritto internazionale privato e processuale", 2a.ed., Torino, UTET, 1983 (nota de Ph. Francescakis en "Revue..."cit., t.72, págs. 591 y ss.); MAYER, Pierre, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", en "Revue..."cit., t.68, págs. 1 y ss., 349 y ss. y 537 y ss.
- (15) Es posible c. CIURO CALDANI, "Derecho Justicial..."cit.
- (16) Puede v. CIURO CALDANI, "Lugar..."cit. y "Los efectos de las sentencias extranjeras según el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe", en "Juris", t.36, págs. 243 y ss.
- (17) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs.As., Depalma, 1985, esp. dimensiones socio lógicas, págs. 430 y ss.
- (18) V. "El Derecho", 6/III/1985

- (19) Acerca de la diferencia entre fondo y forma v. Cour d'appel de Paris (2e.ch.), 10-VI-1971, Sieurs Chili c. dames Chili, con nota de P.L. en "Revue..."cit., t.61, pág. 58; respecto a la dificultad de saber si la posibilidad de actuar en justicia es de fondo o procedimiento v. Cour d'Appel de Paris (5e.Ch.), 3-II-1971, Scandinavian Airlines System et autres c. Cie La Fortune, con nota de Marthe Simon-Depitre, en "Revue..."cit, t.61, págs. 280/281; acerca de la limitación de los alcances de las soluciones por dificultades para hacerlas extensivas fuera del propio territorio v. Cour de cassation (1re.Ch.civ.), 3-II-1982, A...c. dame C..., con nota de P.L., en "Revue ..." cit., t. 71, págs. 558 y ss.; sobre la diferencia entre competencia interna e internacional c. Tribunal de grande instance de Paris (1re.Ch.), 25-III-1981, Epoux Namyas, con nota de H. Gaudemet-Tallon, en "Revue..."cit., t.71, págs. 331 y ss.; acerca de la competencia c. Cour d'appel de Paris (5e.Ch.civ.), 27-IV-1982, Soc. Creusot-Loire c. Soc. Jahns Regulatoren et autre, con nota de P.L., en "Revue..."cit., t.71, págs. 729 y ss.; Cour de cassation (1re.Ch.civ.), 22-IV-1981 y 15-II-1983, Fondation Hans et Elga Eckensberger c. Strauss et autre y Fondation Hans et Elga Eckensberger c. Gegougne de Juniac et autres, con nota de Bertrand Ancel, en "Revue..."cit., t. 72, págs. 645 y ss.; respecto a la competencia indirecta v. Cour de cassation (1re.Ch.civ.), 13-VI-1978, Consorts Schneider c. Bernard Schneider con nota de Bernard Audit, en "Revue..."cit., t.68, págs. 611 y ss. y Cour de cassation (1re. Ch.civ.), 27-III-1979, Soc. Sanivo c. Soc.Spavin, con nota de Paul Lagarde, en "Revue..."cit.,t.68, págs.

636 y ss.; Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 2-V-1979, Mac Donald c. dame Orihueta Drumm, con nota de Yves Lequette, en "Revue..." cit., t.70, (69), págs. 362 y ss.; Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 16-VI-1981 y 1-VII-1981, Soc. Continentale de Promotion immobilière c. Mme. Bachelay-Larue y Bassereau c. Paillares, con nota de H. Gaudemet - Tallon, en "Revue..." cit., t.70, págs. 721 y ss.; Tribunal de Grande instance de Paris (lre.Ch.Ch. des urgences), 5-VII-1982, con nota de Jacques Lemontey, en "Revue..." cit., t.72, págs. 652 y ss.; sobre la exigencia de menores requisitos para el reconocimiento de la jurisdicción internacional v. Cour d'appel de Paris (lre.Ch.suppl.), 5-III-1976 y Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 11-VII-1977, Giroux c. dame Chartrand, con nota de Bertrand Audit, "Revue...", t.67, págs. 149 y ss.; respecto de la jurisdicción en casos de urgencia c. Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 31-I-1984, Ali Abed c. Mme. Boulaaras, con nota de Y. Lequette, en "Revue..." cit., t.73, págs. 638 y ss.; acerca de la intervención del ministerio público para alegar y probar el Derecho extranjero c. Tribunal de grande instance de Paris (lre.Ch.), 15-III-1972, Dlle. Ruca reanu c. dame Romanita, con nota de Danièle Alexandre, en "Revue..." cit., t.62, págs. 509 y ss.; respecto de la aplicación de oficio de la ley extranjera, v. Tribunal de grande instance de Compiègne, 13-IV-1976, con nota de Paul Lagarde, en "Revue..." cit., t.65, págs. 718 y ss.; Cass. lre. civ., 9-III-1983, en "Revue..." cit., t.73, págs. 682/683; sobre la prueba del Derecho extranjero, c. por ej. Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 3-III-1971, Veuve Beauchamp et autre c. dame Van Galen et autre, en "Revue..." cit., t.61, págs. 391 y ss.; Cour

de cassation (Ire.Ch.civ.), 19-X-1971, Epoux Darmouri c. veuve El Haik, con nota de Marthe Simon-Depitre, en "Revue..." cit., t.62, págs. 70 y ss.; Cour d'appel de Paris (Ire.Ch.), 25-XI-1976, Dame Orlova Milshknnikova c. Massine, con nota de Georges Wiederkehr, en "Revue ..." cit., t.67, págs. 76 y ss.; Cour d'appel de Lyon (Ira.Ch.), 19-IV-1977, Epoux Avondeaux c. Plunian, con nota de Bertrand Ancel, en "Revue..." cit., t.68, págs. 788 y ss.; Cour de cassation (Ire. Ch.civ.), 28-IV y 22-X-1980, Bettan c. dame Bettan y Ferkane c. dame Ferkane, con nota de Paul Lagarde, en "Revue..." cit., t.70, págs. 94 y ss.; Cour de Cassation (Ire. Ch.civ.), 2-II-1982, Olivier c. Wolber, con nota de Pierre Maver, t.71, págs. 706 y ss.; Cour de cassation (Ire.Ch.civ.), 15-VI-1982, Dame Moatty c. dame Zagha, con nota de Jean-Marc Bischoff, en "Revue..." cit., t.72, págs. 300 y ss.; Cour de cassation (Ch.com.), 14-II y 14-VI-1983, Cie Rickmers Linie KG, c. Soc. Chargrours Délmas Vid_jeux et autres y Soc. Maschinenfabrik Augsburg Nuremberg c. Soc. Compagnie Méridionale de Navigation et au_tres, con nota de Henri Batiffol, en "Revue..." cit., t. 73, págs. 119 y ss.; Cour de cassation (Ire.Ch.civ.), 24-I-1984, Soc. Thinet et Dumez c. Soc. des Etablisse_ments Roque et autres, con nota de Paul Lagarde, en "Re vue..." cit., t.74, págs. 89 y ss.; acerca del trámite de incorporación del Derecho extranjero, c. Cour de ca_ssation (Ire.Ch.civ.), 6-XII-1977 y 4-IV-1978, de Vila_llonga c. dame Dittrich y Attouchi c. Ministère public, con nota de P. Hébraud, en "Revue..." cit., t.68, págs. 88 y ss.; respecto del problema de la defensa a nivel internacional v. Cour d'appel de Paris (Ire. Ch.suppl.), 8-V-1980, Mme. C.... c. B....), con nota de Marthe Si_

mon-Depitre, en "Revue..." cit., t.70, págs. 700 y ss.; sobre los intentos de acercar la posibilidad de accionar constituyendo un representante, v. Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 10-II-1971, Cie générale d'assurances c.Duché, con nota de Charles-Emmanuel Claeys, en "Revue..." cit., t.61, págs. 284 y ss.; sobre alcances de los poderes del administrador judicial c. Cour de cassation (lre. Ch.civ.), 22-IV y 15-II-1983, cit.; acerca de la necesidad de consultar a juristas especializados en el Derecho aplicable, v. Cour d'appel de Nimes (lre. Ch.), 23-III-1981, Me.P... c.dames Lamy et Thévenin, con nota de Marthe Simon-Depitre, en "Revue ..." cit., t.72, págs. 259 y ss.; sobre los problemas de la publicidad internacional c. Tribunal de grande instance de Paris (lre.Ch.), 25-III-1981, Epoux Namyas, con nota de H. Gaudemet-Tallon, en "Revue..." cit., t.71, págs. 329 y ss.; respecto de la adaptación del trámite del exequatur v. Tribunal de grande instance d'Avesnes-sur-Helpe, 7-V-1981, Vanderleenen et Zenner ès qualités, con nota de Michel Defossez, en "Revue..." cit., t. 71, págs. 368 y ss.; sobre exhortos y la ejecución de sentencias v. (no obstante lo señalado con motivo del caso del Exhorto del Juez de Santa Cruz de la Sierra cit.), Vanderleenen...cit.; acerca de la aplicación de la ley de fondo a la prueba c. Cour de cassation (lre. Ch.civ.), 12-VI-1979, Dujardin c. dame Lauwers, con nota de Henri Batiffol, en "Revue...", t.70, págs. 491 y ss.; respecto a las leyes aplicables a la admisibilidad y producción de la prueba v. Cour d'appel de Paris (lre. Ch.C.), 4-V-1979, Siejka c.dlle Sladek, con nota de Marthe Simon-Depitre, en "Revue..." cit., t.70, págs. 313 y ss.; acerca de la adaptación de los procedimien-

tos probatorios a la internacionalidad c. Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 22-II-1978, Lavie c. dame Lavie, con nota de Gérard Couchez, en "Revue..." cit., t.68, págs. 593 y ss.; respecto de la adaptación a la dificultad internacional de la prueba mediante presunciones v. Cour de cassation (lre.Ch.civ.), 10-II-1971, Cie générale d'assurances c. Duché, con nota de Charles-Emmanuel Claeys, en "Revue..." cit., t.61, págs. 282 y ss.

En relación con el tema, puede v. en este número de "Investigación y Docencia", nuestro artículo "Necesidad de tribunales especiales para los casos jusprivatistas internacionales".

En el horizonte procesal v. por ej. ARAGONESES ALONSO, Pedro, "Proceso y Derecho Procesal", Madrid, Aguilar, 1960; DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Nociones de Derecho Procesal Civil", Madrid, Aguilar, 1960. En el horizonte filosófico puede v. COSSIO, Carlos, "El Derecho en el Derecho Judicial", 2a.ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1959; también cabe recordar, v. gr., "La naturaleza de la función judicial" de Benjamín N. Cardozo (trad. Eduardo Ponssa) y "Courts on trial" de Jerome Frank.

NECESIDAD DE TRIBUNALES ESPECIALES PARA LOS CASOS
JUSPRIVATISTAS INTERNACIONALES (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI(**)

1. Por nuestra estructura federal el Derecho Procesal Internacional argentino está dividido en esferas que corresponden a la Nación y a las potestades locales. Las normas sobre conflictos de jurisdicciones y concursos pertenecen por ejemplo, a la competencia de la Nación y, en cambio, corresponden básicamente a los regímenes locales el tratamiento procesal del Derecho extranjero, el reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros y la organización tribunalicia respectiva. Si bien el año 1987 fue especialmente rico en novedades en el nivel convencional, que han modernizado el Derecho Procesal Internacional argentino y reducido ciertas esferas de aplicación de las normas locales, creemos que urge mejorar estas normas y con este fin nos referimos, en el presente caso, a la necesidad de organizar tribunales especiales para los casos jusprivatistas internacionales (1). A nuestro parecer, urge someter los casos jusprivatistas internacionales a tribunales compuestos por jueces con especial versación en Derecho Internacional Privado, sean dichos tribunales exclusivamente dedicados a

esta materia o seleccionados dentro del conjunto de los tribunales que resuelven los casos jusprivatistas nacionales (2).

Las razones por las que los jueces que resuelven los casos jusprivatistas internacionales deben poseer especial versación en la materia y, en definitiva el "espíritu" del Derecho Internacional Privado, de manera particularmente calificada, son diversas y muy significativas. Algunas partenecen a la relación que siempre debe existir entre el "espíritu" de los jueces y la materia que resuelven; otras son específicas del Derecho Internacional Privado.

2. La tarea judicial puede comprenderse cabalmente cuando se la enfoca desde la perspectiva del funcionamiento de las normas (3), en que se desarrollan realmente o están presentes como potencialidades las tareas de interpretación, determinación, elaboración y aplicación y se producen la asunción y la continuación de los repartos proyectados captados en las normas o su rechazo e interrupción. Para que un juez pueda desenvolverse con la debida comprensión en ese complejo proceso de funcionamiento ha de tener el espíritu de la materia de que se trata. El sujeto, en este caso el juez, sólo comprende lo que de algún modo le resulta válioso. Es al hilo del reconocimiento de los valores de la materia de que se trate, constitutivos de ese "espíritu", que ha de descubrirse la auténtica voluntad de los autores, en la interpretación; se ha de completar la normatividad existente, en la determinación; se han de advertir las carentias "históricas" y se han de producir las carentias "dikelógicas", desplegando en su caso la autointegración del ordenamiento normativo y, al concluir el funcionamiento, se han de concretar la subsunción de los casos y la

efectivización de la consecuencia jurídica para que haya aplicación. Sólo a través de tales valores se resuelven, en última instancia, la asunción o el rechazo de los repartos.

El funcionamiento de las normas y la asunción y el rechazo de los repartos se producen en definitiva al hilo de comunes denominadores axiológicos, que vinculan al encargado del funcionamiento, en nuestro caso al juez, con las normas y los casos. Para que tales comunes denominadores conduzcan a la asunción del reparto captado, es necesario que entre los valores asumidos por el juez y los valores de las normas y los casos no haya una "distncia" cultural significativa. Aunque sea por impulsos de referencia axiológica diferentes de los que motivaron al repartidor del proyecto captado, es necesario que en definitiva el encargado del funcionamiento se identifique con los valores que contiene dicho reparto proyectado-(4). Urge que, por virtud "moral" de adhesión directa a estos valores o por virtud "intelectual", de referencia refleja, el encargado del funcionamiento tome para sí los valores de las normas en cuestión.

Entre los jueces afectados a los casos jusprivatistas nacionales y las normas y los casos jusprivatistas internacionales existen "distancias" excesivas, que exigen esfuerzo especial de los magistrados y ponen en peligro la identificación axiológica necesaria para el éxito de los repartos proyectados en nuestra materia. De aquí la necesidad de reducir esas "distancias" a través de la actuación de jueces con especial versación en Derecho Internacional Pri vado.

Es más, el funcionamiento de las normas de Derecho Internacional Privado tiene particularidades que lo diferencian

de las otras normas: en él la tarea de determinación se hace siempre necesaria y la tarea conjetural, para investigar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero (teoría del uso jurídico), asume especial relevancia. Más aún: al hilo de la teoría del uso jurídico desarrollada hasta sus últimas consecuencias corresponde llevar a cabo el "equivalente", en el marco "forí", de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero, y esto exige una intensidad conjetural todavía mayor (combinada, de cierto modo, con la elaboración).

3. Las particularidades de los elementos extranjeros, de las soluciones extraterritorialistas "limitadas", del método indirecto y el método sintético-judicial y, en última instancia, del espíritu de respeto al elemento extranjero a través de la imitación del Derecho con que se vincula, reflejadas, por ejemplo, en la compleja problemática general de la materia (desde las calificaciones al orden público) hacen que sociológica, normológica y dikelógicamente resulte imprescindible la especial versación que segerimos para los jueces de los casos jusprivatistas internacionales.

Los jueces de Derecho Internacional Privado, ubicados en una comunidad internacional que es relativamente anárquica, a la cual el legislador nacional no puede comprender suficientemente, deben cumplir con especial amplitud una tarea casi legislativa, que se diferencia de la que corresponde a la solución de los casos nacionales. Las fuentes formales que manejan los jueces de los casos jusprivatistas internacionales tienen con gran frecuencia origen convencional, evi denciándose así un amplio campo de integración específico

con el Derecho Internacional Pùblico y las fuentes de conocimiento poseen, por las características de la materia, mayor valor "internacional".

La necesidad de relacionar Derechos (que es una manera de relacionar culturas) exige en el Derecho Internacional Privado, de manera particular, una sólida formación en el Derecho Comparado, e incluso el deber de asegurar el éxito del Derecho Internacional Privado "de fondo" requiere de modo especial el replanteo del Derecho Procesal, permitiendo y promoviendo el juego no sólo del Derecho Internacional Procesal, sino del Derecho Procesal Internacional Privado y el Derecho Procesal de Extranjería, que exigen con mucha frecuencia elaboración judicial.

La necesidad de penetrar profundamente en el Derecho Privado y en las relaciones interculturales e interhumanas, que se proyectan a las honduras del mundo jurídico, exige asimismo una especial formación en Filosofía del Derecho. Por otra parte, la relativa "vacancia" de la defensa del bien común en el marco internacional requiere que el juez de Derecho Internacional Privado posea especial formación en el Derecho Pùblico.

La actuación de tribunales especializados es, asimismo, imprescindible para que en Derecho Internacional Privado pueda desarrollarse la "dialéctica" de la imparcialidad que es inherente a la cabal formación de la tarea judicial: quien se habitúa demasiado al Derecho nacional tiende a adquirir prejuicios a su favor.

4. La "autonomía judicial" del Derecho Internacional Privado, a la que nos estamos refiriendo, debe ser integral, abarcando todas las piezas de la organización tribunalicia

(jueces, fiscales, defensores, etc., e incluso la especial preparación de los abogados litigantes), pero ha de ser graduada según las posibilidades de las circunstancias. Así, por ejemplo, si no es posible organizar tribunales especiales exclusivos puede encargarse legítimamente la especialización de algunas de las piezas de la organización judicial dedicada a los casos jusprivatistas nacionales. Estas necesidades conducen a la conveniencia de la educación de postgrado en Derecho Internacional Privado, a la que se ha referido en su último Congreso la Asociación Argentina de Derecho Internacional.

5. A nuestro parecer, las II Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado deberían recomendar la formación de tribunales especializados. Su logro sería un reconocimiento significativo, a nivel de autonomía judicial, de la "autonomía material" de nuestro sector. Además, se obtendrían beneficiosos efectos reflejos para la consagración de la "autonomía legislativa", para el mantenimiento de la "autonomía académica" y para el debido despliegue de la "autonomía pedagógica" del Derecho Internacional Privado(5).

(*) Ideas básicas de la comunicación presentada a las II Jornadas Argentinas de Derecho Internacional Privado (Santa Fe, 1988).

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Importantes novedades en el Derecho Procesal Civil Internacional", en "Investigación y Docencia", N°5, págs. 9 y ss.

(2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado",



5a. ed., Bs.As., Depalma, 1985, esp. págs. 21/22, 683,
687 y 690.

- (3) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a.reimp., Bs.As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.
- (4) Puede c. COSSIO, Carlos, "El Derecho en el Derecho Judicial", Bs.As., Kraft, esp. págs. 84 y ss.

- (5) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, FIJ, t.II, 1984, págs. 174 y ss.

Respecto del horizonte internacional de nuestro tema, v. por ej. VALLADAO, Haroldo (Prof.), "Direito International Privado", vol.III, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1978, esp. págs. 220/221. Hemos sostenido reiteradamente la existencia del Derecho Procesal Internacional Privado, con caracteres específicos diversos del Derecho Procesal Civil y Comercial (puede c. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Existencia del Derecho Procesal International Privado", en este mismo número de "Investigación y Docencia"). Acerca del horizonte procesal del tema, puede c.-por ej. respecto de la importancia de la función del juez en la vida del Derecho- v.gr. DEVIS ECHANDIA, Hernando, "Nociones generales de Derecho Procesal Civil", Madrid , Aguilar, 1966, págs. 36 y ss. Respecto a planteos procesales influidos por el trialismo, c.por ej. ARAGONESES ALONSO, Pedro, "Proceso y Derecho Procesal", Madrid , Aguilar, 1960; BERTOLINO, Pedro J., "El funcionamiento del Derecho Procesal Penal", Buenos Aires, Depalma, 1985.

SEMINARIO DE PROFUNDIZACION "EL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION" - 1989 - INFORME FINAL (*)

La cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario ha organizado este año el segundo ciclo del Seminario a que hacemos referencia en el título de este informe, completando así el publicado en el Nº8 de este mismo órgano jurídico.

Empleando la metodología de la teoría trialista del mundo jurídico, en especial en el tema que nos ocupa, referido al funcionamiento de las normas (1), hemos llegado en esta oportunidad a las siguientes conclusiones:

En muy escasas ocasiones, la Corte considera irrelevante la interpretación de las normas cuando ellas son claras, estimando que debe aplicárselas directamente, basándose exclusivamente en la literalidad de sus términos, en especial, el elemento lógico, y sin consultar la voluntad del legislador (2). En este sentido, y salvo que, como parece, se haga prevalecer la interpretación literal sobre la histórica, observamos que no se puede aplicar una norma sin antes haberla interpretado.

En la mayoría de los casos, la Corte destaca la importancia de la interpretación histórica, reconociendo que debe perseguirse la auténtica voluntad del legislador, su finali-

dad, su intención (sin distinguirla del fin), los propósitos u objetivos de la ley, etc.(3). Así vemos que el encargado del funcionamiento de las normas asume el reparto proyectado por el legislador y lo continúa (4). Dentro de la interpretación histórica se ponen de relieve los alcances del elemento histórico, para cuyo descubrimiento se emplean manifestaciones extranormativas, como exposiciones de motivos de los proyectos de leyes, suposiciones, etc.(5) y también se destaca el elemento sistemático, con particular referencia a la armonización de las disposiciones legales con los preceptos y garantías constitucionales (6). De todas maneras, y es digno de elogio, se preocupa la Corte por indicar que todos estos recursos no deben forzar indebidamente la letra de la ley o la voluntad del legislador so pretexto de la concordancia referida, tratando de lograr la fidelidad de la norma (7).

De la comparación entre ambas interpretaciones, la literal y la histórica, a veces surgen coincidencias (8), pero las más de las veces hay que adaptar la primera a la segunda, sea a través de una interpretación restrictiva (9) o, como sucede más a menudo, extensiva (10).

En lo que concierne a la determinación, la Corte enfatiza que hay casos en que la reglamentación de una ley, en realidad se falsifica pues se constituye en una nueva ley que modifica a la anterior, es decir, esta "pseudo" determinación oculta una elaboración (11).

Son pocos los casos en que la Corte admite carencias de las normas. Cuando lo hace se refiere casi exclusivamente a carencias históricas por novedad jurídica sobreviniente(12) y sólo excepcionalmente a una carencia dikelógica (13). La Corte no suele rechazar expresamente el proyecto de reparto del legislador, salvo los casos mencionados precedentemente,

sino que lo hace implícitamente, a través de elaboraciones encubiertas (14), que a nuestro parecer, fuerzan -repítámoslo- la interpretación incorporándole elementos dikeló gicos que no integran esta etapa del funcionamiento de las normas. En los casos en que procede a elaborar, generalmente recurre a la autointegración y muy rara vez a la heterointegración (15). Expresamente el Alto Tribunal rechaza la integración por analogía en el Derecho Penal(16).

Finalmente, en cuanto a la aplicación, la Corte emplea para el encuadramiento del caso en la norma, el método sistemático, que consiste en partir de la consecuencia jurídica.

- (*) Este informe ha sido realizado por los docentes de la cátedra I de Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la UNR, doctores Alejandro Aldo Menicocci, Alfredo Mario Soto y Pablo Gabriel Tojo y el señor Jorge Stähli, con participación de los auxiliares alumnos señores Walter Birchmeyer, Jorgelina Entrocasi, Rolando Fabián Fórbice, Cristina Morales, Rubén César Pavé y Araceli Restelli. Participaron también en el Seminario, como coordinadores, el doctor José María Zuliani y los auxiliares alumnos señoritas Marcela Abraham y María Fabiana Raveglia. Intervinieron los siguientes alumnos: Isidora Acosta; Leonardo Acuña; Miriam Viviana Amaro; Aldo Baravalle; Mariela cintia Barbieri; Flavio Bartolelli; María Soledad Barbari; Gabriel Betti; Ana Belén Beyrne; Marcela María Bianciotto; Germán Boeri; Mayra Borsini; Ana Danisa Bossicovich; Matilde Burchardt; Diego Buri; Carolina Caballero; Claudia Gabriela Caminada; Marcela Cappellini; Patricia Caraffa; Yanina Casanova; Carlos Castaño;

Daniel Catalano; Silvina Cescato; Daniel F. Cina; Gustavo Colantonio; Marcelo Colombo; Bibiana Colongo; Javier Compagnoli; Valeria Consolati; Ariel N. Copeto; Héctor O. Corghi; Maricel B. Corna; Héctor Reinaldo Correa; Gustavo M. Cortés; Alicia Cosentino; Ariel Couceiro; Analía Cucco; Eduardo Chamorro; Paola Chialina; Gabriela D'Angelosante; Mercedes de la Cruz; Eduardo Delgado; Gloria N. de los Ríos; Marta E. Díaz; Roxana E. Di Carlo; Miriam Digiobani; Viviana Downes; Mónica Ebressy; Elizabet Felipetti; Andrea Fernández; Natalia Ferrero; José Luis Figueroa; Gustavo Fulgueiras; Viviana Fischer; Gustavo Fabián Fizzani; Maira Fossaroli; Carla Gaido; Diego Galarza; Judith Galletti; Luciana García; Analía Garriga; Carlos Gascheto; Carlos Gazza; Fabiana Genesio; Florencia Giacobone; María Fernanda Giffi; Pablo Godoy; Patricia Godoy; Pablo Goicøechea; Patricia Golber; María Cecilia González; María Eugenia González; Alejandra Gospodnetich; Gabriela Grasselli; Gustavo Guazzaroni; Cristian Guzmán; Jorge Henríquez; Cristian Germán Hofer; Jorge M. Ilharrescono; Stella Maris Lapiana; Silvia Luque; Marcela Macedo; Marcela Marinoszzi; María Inés Martínez; Gustavo Martini; Carolina Maya; María Fernanda Mirleni; Josefa Montalbano; Silvia Moreira; Iván Nasatsky; Jorge Nemirovsky; Darío A. Negretti; Claudio Olobardi; Horacio J. Osuna; Aldo Rafael Pacheco; Graciela País; Andrea Rita Palavecino; Bibiana Pandol; María Gabriela Piazza; Carlos Porrá; José L. Prámparo; María Nieves Prieto; Marcela Puchetta; María José Ventura; María Alejandra Waltrosse; Ursula Weindrich; Leonor Zucca.

- (1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 4a.ed., Buenos Aires, Depalma, 1973, esp. págs. 251 y ss.
- (2) V. autos "Abal Medina, Juan M.", en "El Derecho", t. 107, pág. 165; "C.I.S.A.Burlato, Salvador y otros c. Gailleo Argent", en "El Derecho", t.124; "Suares Mason, Carlos G. y otros", en "La Ley", 1988-E, pág.685;"Sucan gioldi, Jorge c. Junta Electoral de Educación Media,Ministerio de Justicia", en "El Derecho",t.122.
- (3) V. autos "Kraracek, Carlos H.", en "El Derecho", t.122; "Satler, Orlando J. y otro", en "La Ley", 1988-E,p.684; "Romanutti, Héctor R.",en "Jurisprudencia Argentina", 1987-V,p.325; "S.M.A.T.A.", en "La Ley", 1984-B,p.196; "Fernández Propato , "Enrique c. La Fraternidad", en "Jurisprudencia Argentina", 1987- III, p.17; "Pucheta, José y otros", en "La Ley", 1988-D, p.233; "Murielado, Eduardo c. Somisa", en "El Derecho", t.107, p.782;"Alto Paraná S.A. c. D'Amico, Juan C.", en "El Derecho", t. 111, p.351; "Franquelo, Francisco",en "El Derecho", t. 105, p.467; "Vivas, Raúl y otros", julio, 24-1984; "López, Damián y otros", en "El Derecho", t.105, p. 719; "Hilb, Mora y otro", en "El Derecho", t.105, p.741; "Banco General de Negocios S.A. c. Industria Tecnográfica Argentina", junio, 4-1985; "Rodríguez de Dinápoli, Aída c. Nación Argentina", setiembre, 11-1984; "Esso S. A.P.A.", 30-10-1984; "La Plata Cereal Co.,S.A.",febrero 5, 1987.
- (4) V. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Seminario de Profundización sobre "El funcionamiento de las normas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en "Investigación y Docencia", N° 6, Rosario, FIJ, 1988, págs. 105 y ss.

- (5) V. autos "Laminadora Arg. S.A. c. D.N.R.P.", en "El Derecho", t.123; "de Luca, Osvaldo Francisco y otros", marzo 19-1985; "Romero, Romualdo F. c. Eco. Hipotecario Nacional", en "El Derecho", t.123.
- (6) V. autos "Morcillo de Hermelo, Elena M. c. Nación Argentina", febrero 12-1987; "CIMAC S.A. c. Estado Nacional", en "El Derecho", t.97; "Petit Petit, Caroline", en "El Derecho", t.105, p. 720; "Sambuco, Reinaldo c. Sauce, Martín F., en "El Derecho", t.96; "ENCOTEL", en "El Derecho", t.105, p.734; "Gunther, Fernando R. c. Estado Nacional (Ejército Argentino)", en "El Derecho", t.120; "Etcheverry de Rossi, María y otros c. Municipalidad de la Capital", en "La Ley", 1984-D, p.594; "De La Rosa Vallejos, Ramón", en "El Derecho", t.106,p.292; "Jáureri, Manuela c. Unión Obreros y Empleados del Plástico", en "La Ley", 1985-A; "Galassi, Antonio", en "La Ley", 1988-B, p.550.
- (7) V. autos "Riéffolo Basilotta, Fausto", febrero 5-1987; "Elías de Quesada, Amalia I. c. Pcia. de Buenos Aires", mayo-14-1987, en "La Ley", 1987-D, p.47; "Saavedra Salveta Sáenz Valiente, Cornelio R.M.", en "El Derecho", t. 126.
- (8) V. autos "Sancor, Coops. Unidas Ltdas.", septiembre-4-1984; "Zarabaza Luis", en "Jurisprudencia Argentina", 1987-II, p.252.
- (9) V. autos "Ambros-Palmegiani S.A. y Genaro y Fernández S. A. Empresas Asociadas c. Nación Argentina", abril-1-1986. P.V. además, acerca de la opción por la preeminencia de la interpretación histórica en base a criterios axiológicos, autos "Ibarguren de Duarte, Juana c. Juan D. Perón", en "La Ley", 1986-A.
- (10) V. autos "K.,C.H.", en "Jurisprudencia Argentina", 1987-II.

- (11) V.autos "Dembos S.A.", en "El Derecho", t.106,p.754; "E.,F.E.", en "El Derecho", t.125, p.487.
- (12) V.autos "Saguetti, Aurora c. Frigorífico Gral. Deheza S.A.", en "El Derecho", t.118; "Molina, Isaac c. Pcia. de Buenos Aires", en "El Derecho", t. 122.
- (13) V.autos "Ordenes, Roberto c. Gobierno Nacional", 20-9-1988; "Rebagliati, Carlos A.c. Caja de Previsión Social para Abogados de la provincia de Buenos Aires", 8-10-1987.
- (14) V. autos "S.M.A.T.A.", en "El Derecho", t.107, p.307; "Padín Capella, Jorge D. c. Litho Formas S.A.", en "El Derecho", t.123; "Bagnet, Juan C. c. Gobierno Nacional-Estado Mayor General Naval", en "La Ley", 1988-D, p.489; "Zacarías, Aníbal R. y otros c. Caja Nacional de Ahorros y Seguros", en "El Derecho", t.123; "Romero, Romualdo F. c. Bco. Hipotecario Nacional", en "El Derecho", t.123; "Citibank N.A. c. Narbaitz", en "El Derecho", t.127, p.870; "Montini, Julio H. c. Ferrocarriles Argentinos", en "El Derecho", t.123; "Campos, Estela María c. Nación Argentina", noviembre 15-1984. En todos estos casos de elaboración encubierta o cripto-elaboración se advierte que el encargado del funcionamiento elige entre las diversas posibilidades que le brinda el marco normativo a interpretar, aquella que más le convenga, según la doctrina Kelseniana; así, por ejemplo, v.autos "Aranda, Roberto c. Transportes Automotores La Plata S.A.", setiembre 11-1984.
- (15) V.autos "Etcheverry de Rossi, María A. y otros c. Municipalidad de La Capital", setiembre 6-1984.
- (16) V.autos "Cupeiro, Jorge c. Administración Nacional de Aduanas", en "Jurisprudencia Argentina", 1985-II.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACION DOCENTE-ALUMNO (*)

Elisa DIBARBORA (**)

1. La crisis de la Filosofía

Muchas veces se ataca al espíritu tradicional de la Filosofía y se suprime de los diversos programas de estudios afirmando que la Filosofía está en crisis, que lo que enseña nada tiene que ver con la realidad, que se necesita ha cer una deconstrucción profunda del discurso filosófico. Debo reconocer que estoy absolutamente de acuerdo con la premisa de la que se parte, es decir de que hay una crisis, pero no en el espíritu tradicional de la Filosofía, sino en la enseñanza de la Filosofía.

2. La motivación del alumno

Una de las principales causas de esta crisis en la enseñanza de la Filosofía es la falta de motivación en el alumno. Esta falta de motivación proviene en muchos casos de los malos docentes, y no se trata aquí únicamente de docentes sin el nivel académico correspondiente, sino de profesionales sin vocación que reemplazan la auténtica reflexión filosófica por una erudición vacía. Nada más desastroso que

querer enseñar Filosofía sin estar compenetrado de su espíritu, docentes que devienen simples mercenarios, o más aún, enemigos de la Filosofía, que escudándose en el nombre de la asignatura y amparados en la característica de la Filosofía como saber de totalidades, que supuestamente admite toda clase de cuestiones, reducen el contenido, en el mejor de los casos, (ya que a veces ni siquiera consiguen eso) a una recorrida por cuestiones ideológicas vagas, que apenas tocas tangencialmente una que otra disciplina filosófica.

3. El docente verdadero

Ya lo dijo Goethe "Para que la Filosofía, cualquiera que ella fuese, influyera en la vida, es necesario vivirla y amarla". El verdadero docente, el docente verdadero, no reduce todo a contenidos teóricos. Cualquier problema filosófico que se aborde, no debe limitarse a un mero relato o exposición teórica, debe poner de manifiesto, hacer patente una forma de vida que se traslucen inexorablemente en una manera de enseñanza.

4. ¿Qué enseñar?

El verbo enseñar significa también mostrar, por lo tanto al enseñar Filosofía, se le debe mostrar al alumno que en el abordaje de los temas debe pre-disponerse de una manera distinta a la de otros estudios, pero no por ello menos rigurosa, no pueden admitirse la vaguedad ni los enredos conceptuales, la función del buen docente es la de guiar, ubicar al alumno en las diversas doctrinas. Evitar que la tan mentada anarquía de los sistemas filosóficos se presente al

alumno como algo meramente negativo y sí mostrarla como el reflejo de los conflictos que se viven en cada tramo histórico, en cada etapa de nuestra civilización; por lo tanto se lo debe inducir a respetar todas las doctrinas y pensadores, coincidamos o no con ellas, sino se puede caer en el extremo de no respetar ninguna. Esto lo acostumbrará a flexibilizar su pensamiento, y hará surgir en él un sentimiento de disponibilidad intelectual verdadero positivo; lo llevará asimismo a que en el análisis de los problemas personales y sociales que deba afrontar en su vida apunte a lo esencial, lo fundamental, que es: partir de la realidad, aún cuando ésta sea en muchos casos contradicción. La flexibilidad intelectual le permitirá también estar preparado para asumir el rol a desempeñar en una sociedad multifacética y siempre cambiante.

Esa misma anarquía de sistemas es a veces usada como instrumento para desprestigiar a la Filosofía, demostrando que las cuestiones tratadas a través de 2.500 años no han encontrado nunca una respuesta única, una verdad absoluta. Hace falta recalcar entonces que lo propio del pensamiento filosófico es la búsqueda permanente de la verdad, y que es más positivo no haberla hallado aún que la presuntuosa jactancia de su hallazgo definitivo, convicción ésta que proclama cualquier forma de totalitarismo.

5. Relación Ciencia-Filosofía

Decía al comienzo que una de las críticas más insistentes de este siglo es que la filosofía ya no "sirve" para explicar la realidad, más aún en ese reduccionismo se eleva hasta la cima más alta del saber humano al conocimiento científico, a la Ciencia; la Filosofía "Madre de todas las

"ciencias" a través de la historia es relegada a un segundo plano, a partir de ahora sólo será un instrumento para interpretar el discurso científico. Se llega así a la anhelada desmistificación de la filosofía.

¿Cómo remontar esta situación? No se trata de invertir la relación cayendo en un filosofismo tan nefasto como ilegítimo; sino en encontrar el equilibrio necesario entre el saber científico y filosófico en nuestra eterna búsqueda por desentrañar los misterios del hombre y el mundo.

6. La investigación en Filosofía

A la reivindicación de la enseñanza de la Filosofía debe contribuir también el Estado, promoviendo y alentando la investigación filosófica. No se nace filósofo, como no se nace médico, abogado o arquitecto, la historia nos demuestra que hubo pocos genios iluminados como Sócrates, Platón, Kant o Hegel. Todo docente de Filosofía al igual que en otros campos del saber necesita actualizarse, desea indagar sobre nuevos temas que responden a su vocación, y en ésto tiene el mismo derecho que otros profesionales universitarios a dedicarse a la investigación. El desarrollo de los temas filosóficos es tan importante y necesario como el de los otros temas científicos para una sociedad libre y democrática.

7. La enseñanza de la Filosofía en la Facultad de Derecho

El desarrollo del pensamiento filosófico es el medio más adecuado para el cultivo en el estudiante de Derecho de las virtudes necesarias para su futura actividad como

abogado. en él más que en ningún otro profesional universitario se requiere la reflexión ética del rol que cumplirá en la sociedad. Nada más adecuado que promover la auténtica reflexión filosófica en los estudiantes de Derecho, destinados a ser protagonistas directos de las alternativas de nuestra sociedad. Si aceptamos la afirmación epistemológica de la estrecha interdependencia entre saber y poder, nada más necesario que cuidar celosamente la enseñanza que se impartirá a los futuros dueños del poder. Y nada más importante que esa enseñanza sea impartida por los docentes más aptos para hacerlo.

(*) Comunicación presentada a las Jornadas sobre la Enseñanza de la Filosofía en la Facultad de Derecho.

(**) Profesora Adjunta de la Facultad de Derecho de la U.
N.R.

GENETICA HUMANA: UN ENFOQUE FILOSOFICO (*)

Elisa DIBARBORA (**)

1. El derecho a la vida de las personas

El tema del derecho a la vida de las personas nos pone frente a la necesidad de reflexionar y reconsiderar los conceptos de derecho, vida y persona.

Derecho: Generalmente se critica la utilización de los métodos que ponen a nuestro alcance la ingeniería genética y en general la biotecnología aludiendo a su carácter de artificial . La realidad nos dice que hay muchísimas parejas que no pueden concebir un hijo con sus órganos reproductores "tal como Dios se los dió"; por lo tanto engendrar no es para ellos un derecho que puedan ejercer, sino un privilegio de los demás que ellos no pueden tener por su propia voluntad.

Desde otro punto de vista, los creyentes hacen referencia a la sentencia bíblica "Creced y multiplicaos" y de igual forma parece un derecho multiplicarse naturalmente, incluso derecho que tenemos obligación de ejercer para cumplir con el pedido que Dios hace al género humano.

Vida: Si hay una noción que centra todos los problemas filosóficos, científicos y teológicos, a través de la histo

ria de la civilización, es la de vida, sin embargo eso no significa que haya sido resuelta.

Generalmente se opone a la noción de muerte, pero ésta nos trae menos problemas, ya que por lo menos se puede determinar con mayor exactitud el momento de la muerte, y no así el de la vida.

Aristóteles nos dice en su tratado "Sobre el Alma" que vida es sinónimo de alma: soplo, aliento o respiro que entra en un ser cuando nace y lo abandona cuando muere, etimología semejante al latín "anima" que también significa respiro. Mencionar las reflexiones de un filósofo de hace 2.300 años parecería absurdo, sin embargo, nuestras leyes y costumbres nos demuestran que ese y no otro es el concepto que tenemos mas arraigado. Quizá sea porque no surgió del seno de la comunidad científica y jurídica una prueba únivoca que nos haga cambiar de opinión.

No podemos determinar puntualmente el momento de la concepción realizada naturalmente, ni desde cuándo esa vida puede considerarse humana. Desde una perspectiva aristotélico-tomista compartimos con las plantas y los animales las funciones vegetativas y sensitivas, teniendo el monopolio de la función racional, pero ¿desde cuándo?. Aristóteles, San Agustín y Santo Tomás sostuvieron la teoría de la "animación retrasada" y por lo tanto la esencia propiamente humana aparecería en el segundo trimestre de la gestación. Así, nos dice Santo Tomás:

"Las funciones vitales tales, como sentir, alimentarse y crecer, no pueden tener por causa un principio extrínseco; así debe decirse que el alma preexiste en el embrión, al principio nutritiva, después sensitiva, y por último intelectiva. (...). A una sucede otra, desapareciendo a-

quella, viniendo al fin la intelectiva a contener virtualmente en sí a las otras dos y desempeñar las funciones de ambas además de las propias suyas, como si aquéllas continuasen presentes en el sujeto".(1)

La fecundación, 14 días de gestación, segundo trimestre, nacimiento, quizá de un tema tan controvertido podemos hacernos a un lado (no resolverlo) con una salida poética de Khalil Gibran:

"Tus hijos no son tus hijos
son los hijos e hijas de la vida
deseosa de sí misma
no vienen de tí, sino a través de tí..."

"Lo fundamental es que en la reproducción humana la vida no comienza nunca, sino que es trasmisida por medio de la concepción" (2).

Persona: Muy relacionada con la noción anterior de vida, está la de persona, el planteo es similar ¿desde cuándo somos personas?. La ley prevee y reglamenta los derechos de las personas por nacer pero no establece con claridad específica y universalmente desde cuándo son personas, de ahí que algunos países acepten legalmente el aborto durante el primer trimestre de la gestación y otros no.

Boecio fue el primero que dió una definición de persona: "Sustancia individual de naturaleza racional"; etimológicamente la palabra deriva de " $\pi\varphi\sigma\tau\omega\jmath$ ": máscara que cubre el rostro de un actor al desempeñar su papel en el teatro, por extensión: papel desempeñado por un ser humano en la vida, la función de cada cual"(3). En términos actuales la nota distintiva de la persona sería la propiedad, la ca-

pacidad de tener derechos y obligaciones. La historia de esta palabra se relaciona más aún con las definiciones que manejan actualmente los psicólogos: Unidad bio-psico-social"

Como vemos todas tienen un punto en común que es la función que como seres humanos estamos llamados a cumplir: la social. En tanto representantes de nuestra especie racional sólo podríamos ser denominados así cuando, aunque sea en estado potencial, tengamos esas funciones.

Tanto vida como persona no tienen un comienzo puntual, no hay consenso general para determinar cuándo poseemos puntualmente una corteza cerebral que cumpla la función propia de nuestra especie. Biólogos y juristas deberían adoptar a la luz de sus investigaciones un punto común de acuerdo.

Quizá suceda muy pronto. La ectogénesis, la gestación extrauterina nos develará posiblemente al momento preciso en que comienza la vida humana, en que somos personas.(aún por nacer).

2. Un hecho natural

Una constante crítica a los nuevos métodos que nos propone la ingeniería genética consiste en aludir insistente y en forma peyorativa al término "artificial", oponiéndolo radicalmente a lo natural, dándole a éste un valor aparentemente intrínseco positivo, frente a todo lo artificial. Suele decirse "La naturaleza es sabia" si nos apartamos de ella sólo podemos equivocarnos. Falso. La opción natural-artificial, no implica el juicio de valor: bueno-malo; es en el campo de las ciencias sociales, la misma oposición natural-cultural. Estamos en la era de la cultura, los planteos de todas las ciencias no pueden desconocerla o ignorarla. Una de las acepciones que damos al término cultura,

se refiere a todo lo hecho por el hombre, a la acción que ejerce sobre el medio ambiente que lo rodea; y se opone a un hecho natural. Por ejemplo: Un árbol en una selva es un hecho natural, ese mismo árbol puesto en un paseo público es un hecho cultural. En este sentido la palabra cultura implica artificio, hecho artificial; pero, alguien haría alguna objeción moral respecto al árbol plantado en la plaza? Diría que es malo hacer eso, que si no creció ahí naturalmente, no tiene derecho a permanecer?. El hecho natural de gestarse en el propio seno materno y el hecho artificial de gestarse en una probeta representa con respecto a la vida humana, lo mismo que el ejemplo del árbol respecto a la vida vegetativa. Ojalá que pronto lo entenda mos así. El prejuicio que nos domina respecto a la vida del hombre es creer que lo natural es bueno y lo artificial es malo, ésto es lo que debe superarse ya que lo artificial es simplemente: la mano del hombre puesta a disposición de lo que la naturaleza no nos brinda.

3. El determinante social

Retomemos aquí el término persona. Es imposible des prenderlo del aspecto social, está presente en todas las definiciones dadas. Estimológicamente relacionado al rol o función que cumplimos; jurídicamente a los deberes y derechos que ejercemos. Por lo tanto el peso cae en lo social no en lo biológico. Al tratar el tema de la conveniencia o no de utilizar, por ejemplo, métodos de análisis genéticos para comprobar la calidad de la "materia prima" de un futuro ser humano, se lo está ayudando a que de llevarse a cabo la fecundación y gestación, el resultado será realmente una persona con la inserción plena en la sociedad a la que pertenece.

Un nonato tiene derecho a la vida, pero a una vida humana, racional, social, no simplemente a vivir, a ejercer una función vital indeterminada, a ser un individuo biológico.

Se cuestiona el hecho respecto a la vida, que concebir la en un laboratorio, o gestarla en un recipiente de vidrio, es una degradación. Debemos anteponer al respeto por la vida en general, el respeto por la vida de una persona; por los derechos que podrá o no ejercer, y no simplemente poseer teóricamente en la sociedad; y eso dependerá de la calidad de vida que le ofrezcamos. Los padres ejercen en el momento de decidirse a procrear el derecho que sobre su propio cuerpo tienen, pero también el derecho de su futuro hijo, ya que las personas por nacer no dan su consentimiento para gestarse, y en esta cuestión esencial sucede exactamente lo mismo en una fecundación y gestación natural o "artificial". Se da un entrecruzamiento de derechos, sin embargo, si se recurre a la ingeniería genética, la gestación será el resultado de una acción deliberada y planeada, más aún totalmente deseada, y no solamente el resultado de un descuido accidental como a veces sucede.

No tener en cuenta los adelantos científicos en cuanto a la determinación de posibles desórdenes genéticos puede tener como consecuencia el nacimiento de un individuo que sea tan defectuoso como para no saber que es un ser humano. Cuando Max Scheler establece las características del espíritu como lo determinante para diferenciar a un hombre de un animal lo fundamental es tener conciencia de sí mismo. Una "persona" que no se reconoce como tal sólo es un ser biológico.

Saber que un hijo podría ser defectuoso y no tratar de averiguarlo es una injusticia. Debemos ejercer nuestro de-

recho a la procreación pero responsablemente, pensando siempre en la dignidad de esa futura persona; y sino confiar en la ciencia y traerlo al mundo, ya que seguramente ella nos ayudará en lo que nosotros no quisimos o no pudimos prevenir. Afortunadamente en muchos casos los desórdenes genéticos no son tan graves y realmente la persona puede incluso integrarse a la sociedad, sin embargo siempre sentirá el peso de su inferioridad.

Si bien es cierto, real, que los padres ejercen el derecho a su propio cuerpo de las personas por nacer, no olvidemos que un día nacerán y crecerán, serán personas que puedan recriminarnos el mal ejercicio que hicimos de su derecho.

Nuestro querido personaje Mafalda del talentoso Quino contribuye con su humor a ilustrarnos el tema con la siguiente afirmación:

Mafalda: Ché mamá ¿ustedes cuánto hace que se casaron?

Mamá: nueve años

Mafalda: O sea que yo no nací enseguida.

Mamá: no, claro.

Mafalda: Y de dónde sacaron que yo podía esperar?

Imaginemos que la respuesta también podría ser: -¿Quién les dijo a ustedes que yo no tenía el derecho a ser una persona totalmente normal, si estaban a su alcance los medios para lograrlo? o bien, pensemos que un matrimonio (con seguridad), aceptando dogmas religiosos no realiza todo lo necesario y a su alcance para superar una incapacidad grave para

concebir naturalmente; esa imaginaria, pero potencial persona por nacer podría decir: -¿Quién les dijo que yo no tengo el derecho a nacer? -¿Por qué ustedes por una creencia o fe, que probablemente yo no comparta, no aceptan las nuevas técnicas para superar la infertilidad que padecen?

4. Aspecto ético-religioso

Nos dice Kierkegaard: -"Toda la vida de la humanidad se redondea entonces y toma la forma de una esfera perfecta donde la moral es, a la vez, el límite y el contenido"(4).

Es imposible hablar de la vida, sin relacionarla con la moral, la ética. Etimológicamente tanto moral como ética significan lo mismo: costumbre (griego: ethos; latín: mos-moris) sólo por extensión le damos el significado de buenas costumbres. Un ejemplo de ésto nos lo dá Kant al denominar "Fundamentación metafísica de las costumbres" a su obra mas divulgada sobre temas éticos. La mayoría de las costumbres son relativas cultural e históricamente; la moral de un pueblo no es estática, se halla siempre en un proceso de continuo cambio; tampoco la sociedad es homogénea en cuanto a su escala de valores, para determinar lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo conveniente y lo inconveniente. Tanto los actos humanos como las cosas tienen el valor que nosotros les adjudicamos en un determinado lugar y momento histórico. Una de las diferencias más notables en cuanto a la valoración de los hechos científicos es la resultante de personas creyentes o no.

Nos dice Aristóteles: "El hombre por naturaleza desea saber" y esto lo corrobora la fe cristiana, ya que el primer pecado del hombre fue tomar el fruto del árbol de la sabiduría, fue saber. Esto nos comprueba que el hombre des-

de siempre sigue su naturaleza al investigar y esto lo hará en forma lícita o no. Elegir la ignorancia está en contra de la naturaleza del hombre, de su costumbre más natural, en suma, elegir la ignorancia es inmoral.

El hombre esencialmente es un animal racional, por lo tanto tiene como instrumento de conocimiento la razón. El hombre de ciencia siempre apelará al pensamiento lógico, racional; y en tanto lógico todo conocimiento puede verificarse o refutarse; en cambio, las afirmaciones basadas en la fe no se pueden verificar o refutar; sólo aceptar dogmáticamente, sin discusión. Es imposible pedir coherencia lógica a quien trata temas racionales impulsados, o a través exclusivamente del cristal de la fe, que esencialmente se opone a la razón.

Podemos criticar o no la realidad, pero nunca negarla. El acceso racional al conocimiento del misterio de la vida no le quita dignidad. Rechazar los resultados de la investigación científica ya trajo más de un problema a los creyentes, no olvidemos la negación y condena a la teoría heliocéntrica y su posterior y resignada aceptación.

En la historia del pensamiento hubo un momento (siglo V a.C.) llamado antropológico, en que el hombre volvió la mirada hacia sí mismo y comenzó a cuestionarse como hombre. Ese mismo momento ha llegado ahora, pero en la historia de la biología, el hombre comienza a conocer el principio de su propia vida. Nada lo detendrá, sabe que puede lograrlo. El problema ético esencial es una cuerda tensa entre lo que podemos y lo que debemos hacer para llegar. Los avances son vertiginosos, es imposible pretender aceptar todo lo nuevo con la escala de valores que corresponden a las costumbres (ética, moral) vigentes. Estas deben cambiar, evolucionar; para eso están los legisladores, no se debe re-

primir la actividad científica sino legislar sobre ella, establecer, incluso a riesgo de futuras enmiendas, una base común de legalidad, encuadrar la tarea del investigador dentro de los límites que ni siquiera él se los planteo; que la tarea sea interdisciplinaria. Se necesitará para ello juristas con formación científica e investigadores con conocimientos de las normas vigentes y ambos con espíritu renovador, flexible, no dogmático.

5. El amor, la felicidad

Aristóteles nos dice que todas las cosas tienden a un fin último que es el Bien Supremo para cada uno; esta teleología se hace más explícita en el hombre; el hombre puede aspirar a muchos bienes, pero sólo uno es su Bien Supremo, propio: La Felicidad, a la cual se llega usando la razón. Entendemos que el fin último y esencial del matrimonio no es la reproducción sino la felicidad que se logra a través del amor. Nos dice Santo Tomás: -"El amor es la raíz primera y más común de todas las operaciones apetitivas,... Pues nada se desea sino lo que se ama; ni la posesión de cosa alguna se goza sino porque se le ama; ni uno se entristece sino de lo que contraría a lo amado"(5).

La reproducción por medios naturales (coito y gestación uterina) no nos es dado a todos; la posibilidad de amar sí; es por eso que el primero y más natural de los derechos que tiene una persona por nacer es a ser el fruto del amor que por él sienten sus padres, a ser el resultado de los medios naturales o artificiales que tuvieron a su alcance para darle vida; a ser el fruto de "hacer el amor" y "hacerlo con amor".

Incluso Santo Tomás consiente el fruto de una unión adultera, si fue por un impulso amoroso natural:-"Que en la ac-

ción de los adulteros lo que hay de natural es bueno, y a esto coopera Dios, pero lo que proviene del apetito desordenado es malo, y Dios no coopera con ello"(6).

- (*) Comunicación presentada a las Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre Genética Humana y Derecho.
- (**) Profesora adjunta de "Introducción a la Filosofía" en la Facultad de Derecho de la UNR. Profesora adjunta de "Integración Cultural I,II y III en la Universidad Tecnológica Nacional, Facultad Regional Rosario.
- (1) SANTO TOMAS: "Suma Teológica", t.I, Cuestión 118,Art.11.
- (2) FLETCHER, Joseph, "Etica del control genético", Asoc. Edit. La Aurora, 1978, pág. 196.
- (3) Ferrater Mora, "Diccionario de Filosofía", Ed. Sudamericana, 1958, pág. 1.047.
- (4) KIERKEGAARD, Sören, "Temor y Temblor", Ed.Losada,Bs.As., pág. 76, 1979.
- (5) DE AQUINO, Tomás, "Suma Teológica", V.4, Biblioteca de autores cristianos, año 1954, pág. 717.
- (6) DE AQUINO, Tomás, "Suma Teológica", t.I, Custión 118,fin art. 2.



LA CRISIS DEL PENSAMIENTO KELSENIANO

Abjuración en Salzburgo

Daniel E. HERRENDORF (*)

I. KELSEN CONTRA KELSEN

Robert Walter, el distinguido discípulo de Kelsen que dirige en Viena el Instituto que lleva el nombre del insigne maestro, escalona el desarrollo de la Teoría pura tomando como hitos estas cuatro obras: Teoría general del Estado (1925), La Teoría pura del Derecho, primera edición (1934), Teoría general del Derecho y el Estado (1945) y La Teoría pura del Derecho, segunda edición, (1960), lo que no significa olvidar algunos trabajos posteriores que es indispensable recordar (1).

En las dos primeras obras late un espíritu de triunfal expansión; en las dos últimas aflora una actitud defensiva. La crisis del pensamiento kelseniano había comenzado en 1941 y estuvo condicionada y determinada a nivel intelectual, por tres motivos:

- a) Por su radicación en los Estados Unidos en esa fecha donde lo alcanzó el impacto del Common Law con un pensamiento jurídico imponente por su desarrollo en gran escala, su alto vuelo y su minuciosa información, pero con juristas y jueces, alumnos muy notables, colocados en las antípodas de la "pureza metódica" del normativismo kelse-

niano y transitando todos, sin excepción, los entrecruzados meandros del sociologismo ecléctico, si bien con alguna o con muy escasa idea del auténtico significado filosófico de la Teoría pura del Derecho: data de 1945 el primer libro sobre Kelsen publicado en los Estados Unidos por uno de sus profesores universitarios; se trata de la versión inglesa efectuada por el propio William Ebenstein de su libro La Teoría pura del Derecho escrito por él en 1938 en idioma alemán (2), antes de su radicación en los Estados Unidos.

b) Por las referencias a las ideas y a la semblanza intelectual que Cossío comenzó a divulgar en Buenos Aires del maestro Hans Kelsen. La primera manifestación notable fue un artículo publicado en 1941 con motivo de su expatriación y 60º aniversario, trabajo del que Kelsen tuvo traducción y que conoció perfectamente como lo acredita la larga carta que con este motivo publicó él en el mismo diario porteño el día 29 de noviembre de 1941 (3). Esta semblanza, luego de destacar que la pureza metódica como deber ser era una nueva cópula, le planteaba fenomelógicamente a Kelsen, retomando la idea de él de que la norma era un juicio, la siguiente cuestión: todo juicio mienta algo en la medida en que habla de algo; por lo tanto hay que aclarar qué mienta la norma de la Teoría pura siendo ella un juicio. O sea: respecto de qué dice la norma lo que ella como conocimiento normativo enuncia.

Resultó que nadie, hasta el nacimiento de la Teoría egológica, nunca había planteado a Kelsen una cosa semejante hasta ese momento, ni él tampoco se la había planteado para sí. Pero todo el que ha seguido la trayectoria del pensamiento kelseniano, sabe que la pregunta que dó viva en su espíritu hasta el final de su vida; por eso

Cossío aseguraba que la aludida semblanza intelectual promovida por él tuvo una importancia mayor de lo que se le ha dado por quienes pudieron conocerla directamente. Y la verdad es que Kelsen marchó sobre su colapso porque las respuestas que ensayó no le resultaron con vincentes ni a él mismo.

c) Y también resultó relevante para Kelsen el pensamiento iusfilosófico escandinavo, principalmente el de Karl Olivecrona y Alf Ross, desde que fueron vertidos al inglés Law as Fact del primero en 1939, y Towards a realistic Jurisprudence en 1946 y On Law And Justice en 1959, del segundo.

Y bien; con esas referencias se puede señalar perfectamente cuál es la médula de la crisis que comienza a resquebrajar el pensamiento de Kelsen; hasta esta fecha, la norma jurídica era la significación cognoscente; después de esta fecha la norma jurídica comienza a ser el objeto a conocer por el jurista. Y no cabe superponer ambas nociones con pretensión de una síntesis porque se estaría diciendo que la norma jurídica conoce normas jurídicas.

Frente a esto la Teoría egológica sostiene que la norma jurídica como significación cognoscente tiene como objeto a conocer la conducta humana en su interferencia intersubjetiva en cuanto fuere la conducta única resultante donde cada uno siempre está impidiendo o no impidiendo algo al otro. Kelsen nunca aceptó esta tesis pero tampoco la comprendió.

Creyó que era un retorno al sociologismo con la consiguiente quiebra de la pureza metódica que él canonizó prescindiendo del ente y que había sido el talismán de todos sus triunfos reales o aparentes.

De cualquier modo quedaba por ver de qué manera respondería él en definitiva a la pregunta egológica de 1941. Pero además, otra cosa: la crisis se extendería desde esta base a otros aspectos de la teoría kelseniana hasta borrar completamente la imagen inicial de ella. Veamos, pues, los dos momentos —1945 y 1949— en que Kelsen libra sus dos grandes batallas defensivas todavía con la esperanza de evitar el colapso de su normativismo.

La Teoría general del Derecho y del Estado, que sale a la luz en 1945, trae la esperada respuesta de Kelsen para aquella cuestión. Inventa e introduce a este efecto, una distinción entre regla de derecho y norma jurídica. La regla de derecho expresa el pensamiento del jurista y es conocimiento, es decir, es verdadera o falsa; la norma jurídica es la formulación que efectúa un órgano (legislador o juez) y es, como pensamiento, una valoración subjetiva, esto es, ideológica; puede ser justa o injusta, útil o inútil, pero de ninguna manera verdadera o falsa. Nigún órgano de Derecho conoce nada jurídico con la norma que emite, porque la norma, no siendo un juicio, no contiene conocimiento ninguno ni puede contenerlo. La norma es un pensamiento prescriptivo, no cognoscitivo; por eso el deber ser de la norma jurídica puede ser el de un imperativo toda vez que el legislador ordene o mande algo, como lo hace con frecuencia. Sólo que se trataría de un imperativo despsicologizado (acogiendo Kelsen con esto la idea sociológica del imperativo personal o "independiente" sustentada por Olivecrona (4). En cambio quien conoce el Derecho es el jurista y sólo él; su pensamiento es cognoscitivo, no prescriptivo; la significación jurídica cognoscente está en la regla de Derecho, siendo la norma jurí

dica el objeto jurídico a conocer por el jurista. Esta fue la esperada respuesta de Kelsen.

Con ella Kelsen pagaba un precio demasiado elevado para salvar la integridad de su doctrina y singular significación pues retrocedía al imperativismo y aceptaba su horizonte sociológico: resultaba casi increíble esta inesperada renuncia al antiimperativismo que era uno de los grandes definitarios de la Teoría pura del Derecho en su auténtica versión prístina, y en donde el deber ser lógico de la pura significación normativa había evi denciado su papel kelseniano en forma insuperable. La norma de la que ahora Kelsen hablaba, era norma en cuan to a su denominación, pero obviamente era un imperativo en cuanto a su ser. Antes la norma kelseniana, mostran do una peculiar esencia era, en cuanto a su ser, una imputación lógica y nada más. El verbalismo denominativo de ahora podía provocar la ilusión gramatical de que la Teoría pura del Derecho se atenía como antes, a las nor mas y seguía siendo un normativismo. Pero ningún jurista cayó en el pueril engaño y en todas las universidades del mundo se comentó con sorpresa --y se comenta todavía-- este cambio de frente kelseniano (5).

Naturalmente que a pesar de esta mutilación que para la Teoría pura significaba la admisión del imperativismo, Kelsen, con la distinción en regla de derecho y norma ju rídica, contestaba en cierta medida la pregunta egológica de 1941 y parecía haber salido del aprieto fenomenológico en que esta pregunta lo había colocado. Le cabía el dere cho, claro está, de reconocer como un error su actitud an terior contraria con el imperativismo; y también el dere cho de teorizar la experiencia jurídica con el resto de la Teoría pura del Derecho; en la medida en que este res

to estuviera incluída la esencia de dicha Teoría, Kelsen podría seguir siendo el mismo que hasta entonces había sido en el mundo de las ideas jurídicas.

Kelsen había perdido la batalla en 1945 pero, no fue aniquilado; no fue arrinconado ni puesto entre la espada y la pared; todavía tenía, al parecer, libertad de movimientos dentro de su propia Teoría; e incluso Alf Ross vino en su ayuda seducido por la distinción entre regla de derecho y norma jurídica. Pero, eso sí, esa batalla perdida dejaba este saldo a favor de la Teoría egológica: hay que la defensa del antiimperativismo expresado por la prístina Teoría pura como cosa consustanciada con la científicidad de la teorización jurídica, está, esa defensa, exclusivamente en manos de la Teoría egológica y siempre sustentada por los mismos argumentos que ésta dio desde la primera hora; es decir, después que Kelsen ha abjurado de aquella su defensa por haber adherido a la tesis imperativista, tal defensa resulta ser hoy patrimonio exclusivo de la Teoría egológica, lo cual permite afirmar que la autenticación egológica de Kelsen de que aquí se habla, era correcta desde un principio, al menos sobre este tópico del imperativismo, en cuanto que esa autenticidad de antaño hoy sigue integrando el pensamiento egológico y ya no más el pensamiento kelseniano.

Hoy el pensamiento egológico se defiende a sí mismo con la prístina teoría por él autenticada en su exclusivo valor lógico, tanto como la Teoría pura también se defiende ella misma hoy con la Teoría egológica porque ambas son, respecto de ese valor lógico, la misma cosa hoy como ayer; lo cual Kelsen no lo podría decir para sí, pues la prístina Teoría pura no está defendida sino ata-

cada por la nueva Teoría pura, en lo tocante al tema del imperativismo.

Estamos ahora en 1949. Kelsen, invitado por la facultad de Derecho de Buenos Aires, llegó a dictar un curso sobre problemas escogidos de su célebre Teoría y con ese motivo se encendió una fulminante polémica de enfrentamiento entre la Teoría pura y la Teoría egológica. No tengo noticias de que en las universidades de nuestro subcontinente haya habido alguna vez nada parecido a esto por la resonancia mundial y la trascendencia teorética que alcanzó este enfrentamiento. El más renombrado de los juristas europeos y a buen título maestro en el mundo entero, condescendía en llegar hasta esta periferia del mundo occidental a discutir sus ideas públicamente y de viva voz. Realmente Kelsen honró con esto en forma excepcional a toda la América Latina. Con todo, la batalla para él, dado los términos de la polémica, se presentaba como algo decisivo pues en la nueva Teoría pura no había espacio para la idea egológica ni en la Teoría egológica había espacio para la idea de la nueva Teoría pura. Kelsen creía que su triunfo era fácil y sencillo. No le vino a las mientes que la lucha podría resultar la de Goliat y David (6).

La batalla de 1949 presentaba una gran diferencia con la batalla de 1945. En la de 1945 no se discutió la propia distinción "regla de derecho — norma jurídica"; sólo se mostró una paradójica consecuencia de aquella distinción en cuanto que se integraba con una mutilación de la Teoría pura respecto de algo muy importante (el antiimperativismo) que la había estado definiendo durante toda su trayectoria anterior.

La batalla de 1949 en cambio, desplegada como enfrentamiento egológico puso en evidencia que aquella distinción es incompatible con el deber ser lógico constitutivo de la esencia de la Teoría pura del Derecho; ese deber ser definitorio de la pureza metódica y al cual la Teoría pura no puede renunciar sin renunciar también a sí misma porque en él está llena toda entera y sin él no queda de ella ni la sombra. En 1949 Kelsen se encontrará forzado a optar entre el deber ser meramente imputativo, que es su verdadero timbre de gloria, y la distinción "regla de derecho -- norma jurídica". Si esta distinción anula el deber ser imputativo y si este deber ser es en rigor la razón de ser la Teoría pura, Kelsen quedaría acorralado en la batalla y puesto entre la espada y la pared. Por eso la batalla de 1949 era y fue para él decisiva.

En efecto; la egología le formuló esta pregunta: Distinguiendo entre "regla de derecho" y "norma jurídica", ¿dónde ubica Ud. el deber ser imputativo de la Teoría pura, en la regla de derecho o en la norma jurídica?

Pues caben tres posibilidades y no más:

a) El deber ser está en los dos términos; lo que resulta entonces una visible reduplicación que expresaría lo siguiente: la regla de derecho conoce reglas de derecho; o si se prefiere, que ahora ya es lo mismo: la norma jurídica conoce normas jurídicas.

b) El deber ser está únicamente en la regla de derecho; lo cual significa que el Derecho --él es la norma-- no sería un deber ser o no estaría en la esfera del deber ser, en contra de lo que Kelsen ha enseñado siempre y en todos los tonos.

c) El deber ser está únicamente en la norma jurídica, que es el Derecho; lo cual significa que de la Teoría pura había desaparecido la pureza metódica, la cual, de estar en alguna parte, sólo puede estar en la regla de derecho que como pensamiento descriptivo enuncia el jurista y sólamente él.

Kelsen nunca logró una respuesta para esta alternativa, pero recibió un impacto que no cesó de corroerlo como lo ha advertido con tanta sagacidad la profesora Mariá Muricy Machado Pinto refiriéndose a la segunda edición (1960) de La Teoría pura del Derecho, cuyas entrelíneas son de fácil captación para todo iusfilósofo egológico.

Pero el desenlace, sorprendente y patético, llegaría en 1963 como se verá. Antes, sin embargo, se pudo ver el creciente deterioro de la Teoría pura originaria y hermética, al parecer incluso intocable atento a las reacciones polémicas de un Kelsen histérico, si destacamos las alteraciones que este libro introduce con relación a la estructura lógica de la norma jurídica mantenida por Kelsen durante el período 1911-1960 y explicada por sus más ilustres discípulos de la primera hora como Frit Schreier y Erich Kaufmann.

Como es sabido Cossío presentó desde su Teoría Egológica (1944), un esquema estructural de la norma jurídica por su logos que tenía la triple pretensión de ser una norma completa como esquema, una disyunción atómica como juicio y un enlace de diez conceptos como estructura. A este esquema se lo obtuvo tomando la actitud filosófica frente a un concreto dato jurídico cualquiera, esto es, sometiéndolo a una abstracción ideatoria para buscar su esencia, eliminando lo que no significara eliminar la

idea conductora y agregándole a ésta lo que resultase necesario de acuerdo a sus esencias genéricas, hasta ver la totalidad inmanente de esa idea en la idea misma, pues bien podría ser que el dato inicial de la pesquisa fuese sólo un fragmento de tal totalidad.

Aquí nos interesa únicamente la pretensión egológica de referirse a la norma jurídica completa (7), pues Kelsen recién en 1960 advierte que su esquema normativo es incompleto e intenta completarlo; pero como no se pone en filósofo, procede a tanteos como científico y sus enmiendas lucen como parches. Así nos dice que también hay normas jurídicas categóricas pues no siempre la norma jurídica es hipotética (sic); y luego que el concepto de "deber" incluye no sólo la acepción de "ordenar" sino también las de "autorizar" y "permitir" y finalmente también la de "derogar" (8).

En consecuencia, también sobre este punto la idea de autenticar el esquema normativo de Kelsen es una idea válida; otro asunto es determinar si la anticipada autenticación egológica es correcta, como creen los juristas que de ella se sirven en sus tareas técnicas y didácticas, o si no lo es, como han dictaminado los escolásticos de la lógica deontica.

Y llegamos a 1963. En Salzburgo se reúne un simposio de los más notables juristas e iusfilósofos de Europa. Kelsen con sus 82 años y en plena lucidez mental, es la figura prominente. Es un verdadero patriarca; tiene algo que decir y ha concurrido para decirlo. Nadie sospecha que va a retractarse públicamente de su teoría de la norma fundamental, el tema que condensa y donde se apoya toda la construcción kelseniana. Lo hizo expresándose de esta mánera: "Una norma no es ni verdadera ni falsa, es válida o

no válida. Y no hay ningún tipo de paralelo o analogía entre la verdad de una proposición y la validez de una norma. Subrayo esto en deliberado contraste con una opinión comúnmente aceptada, y también defendida por mí durante mucho tiempo... En obras anteriores he hablado de normas que no son el contenido significativo de un acto de volición. En mi doctrina, la norma básica fue siempre concebida como una norma que no era el contenido significativo de un acto de volición sino que estaba presupuesta por nuestro pensamiento. Debo ahora confesar que no debo seguir manteniendo esta doctrina, que tengo que abandonarla. Pueden creerme, no ha sido fácil renunciar a una doctrina que he defendido durante décadas. La he abandonado al comprobar que una norma (Sollen) debe ser el correlato de una voluntad (Wollen). Mi norma básica es una norma ficticia basada en un acto de volición ficticio... En la norma básica se concibe un acto de volición ficticio, que realmente no existe"(9).

Si esto que acaba de leerse fuese la palinodia que literalmente se lee, entonces la Teoría egológica, con su autenticación de la originaria Teoría pura, viene a quedar de única heredera de ésta a pesar de aquella hoy caduca oposición de Kelsen. Los hechos habrían probado que la Teoría egológica autenticó correctamente también el supremo y decisivo tema de la norma fundamental, intuído bien y concebido mal por el insigne maestro austriaco. Autenticar significa conducir algo a su propia verdad; lo que en tal caso, según se verá más adelante, comportaría una incorporación por absorción de la prístina Teoría pura por la Teoría egológica. Por eso conviene dar más detalles de tan insólito acontecimiento, el cual no resulta del todo claro dentro de la incompleta informa-

ción que de él se tiene, a pesar de los años transcurridos.

Un destacadísimo iusfilósofo brasileño, el profesor Lourival Vilanova, en su importante ensayo Teoria da Norma Fundamental: Comentários á margem de Kelsen (10), dedica varias páginas a este episodio. Lamenta no haber podido leer la revista donde aparecieron las actas del simposio de Salzburgo. Pero además de referirse a Ross y transcribir parte del pasaje de éste que hemos transcripto con mayor extensión, destaca que Karl Leiminger en su reciente libro La problemática de la Teoría pura del Derecho (1967) se refiere a la norma fundamental "sin tomar mucho en cuenta la modificación efectuada por Kelsen, que Leiminger coloca significativamente entre comillas comentando "que esta modificación no contribuye precisamente a la clarificación del concepto". Del mismo modo, siempre según Vilanova, procede Raimund Hauser en las págs. 85/91 de su libro Norma, Derecho y Estado (1968) dedicado también a la problemática kelseniana de la Teoría pura del Derecho. Y finalmente Norberto Bobbio, en la reedición (1970) totalmente reelaborada de su libro Estudios para una Teoría general del Derecho (1955), "ni siquiera toma en cuenta la innovación del último Kelsen", según destaca el profesor brasileño.

Esta actitud de tres autores tan importantes da que pensar y denota alguna ambigüedad en el acontecimiento mismo. Por ejemplo, podría ser que ellos no conocieran suficientemente el episodio de la palinodia de Kelsen o que no lo conocieran en absoluto; podría ser también que prescinden de ella y se atienden a la prístina Teoría pura porque ésta contiene un revolucionario mensaje teórico de que carece la nueva Teoría pura; podría ser, en

fin, porque ellos le dan, a la palinodia de Kelsen, otro significado que nosotros no conocemos por faltarnos la pertinente información. De cualquier manera el profesor Lourival Vilanova emite al respecto una opinión muy cautelosa y prudente, pero tremenda por el telón de fondo que lo proyecta. Cierra su capítulo con estas palabras (pág. 154): "Pensamos, sin riguroso análisis --por lo tanto, provisionalmente-- que esta alteración no es tan radical que signifique eliminar la hipótesis de la norma fundamental. Que si fuese eliminada, la Teoría pura del Derecho perdería su fuerza. Dejaría de ser teoría normativa y perdería el carácter de una fundamentación epistemológica del conocimiento dogmático del Derecho".

Por mi parte me inclino a creer que la opinión de Ross, con ser tajante, se corresponde más fielmente con la realidad. Las palabras de Kelsen nos muestran a un hombre consternado y son demasiado patéticas para referirlas a algo que no fuese de suma importancia dentro de su vida intelectual. Por su parte Ross, que cita de primera mano las cartas del simposio de Salzburgo, pone un énfasis inequívoco de cirujano en lo que manifiesta antes y después de transcribir las palabras de Kelsen que contienen las actas; manifestaciones las de él que condicen con algo definitivo e importante pero de ninguna manera con una fruslería o cosa pasajera. Dice antes Ross, (op.cit. pág. 146): "Con una apertura mental admirable, Kelsen ha revisado posteriormente sus ideas de modo que, en mi opinión, reconoce la solidez de mi crítica". Y dice después (op. cit. pág. 147): "Pero la revisión no puede parar aquí. Como se ha mostrado antes, en el § 8, las ficciones no sirven de nada en el conocimiento. Una vez que está claro que la idea de norma básica no puede mantenerse como pre-

requisito cognoscitivo necesario, como postulado del pensamiento jurídico, y que no corresponde tampoco a ninguna realidad, hay ya que ir hasta el final: debe abandonarse la doctrina de una norma básica". (El primer subrayado es de Ross, el segundo es mío). Esto es decisivo desde dos ángulos:

Primer ángulo: Kelsen no ha renunciado a toda norma fundamental. Ha renunciado --renuncia terminante e inequívoca-- a toda norma fundamental intelectiva, es decir, cognoscente en cuanto que presupuesto categorial de la teoría del pensamiento normativo y por lo tanto emergente de un puro acto de pensamiento normativo como el contenido significativo deberoso (mero deber ser) de este acto. Siempre que Kelsen ha hablado de su norma fundamental, se ha referido a esto y es esto lo que queda alcanzado por su renuncia de Salzburgo. Pero allí mismo pretende sustituir esa norma fundamental intelectiva por una norma fundamental volitiva emergente de un puro acto de volición como el contenido significativo de este acto. Esta nueva norma fundamental que propone Kelsen vendría a ser algo así como la categoría de la actuación de la voluntad normativa, pero no ya la categoría de la teoría del pensamiento normativo, como era el caso de la anterior norma fundamental. Sólo que en el nuevo planteamiento kelseniano sería un intrínseco contrasentido hablar también de hipótesis gnoseológica para referirse a la norma fundamental volitiva, por cuya razón tiene que hablar de ella como de una ficción en forma tan dislocada, que reduce su intento a vacía paradoja y muestra en él un descontrol construcciónista para el cual no tiene mucho sentido ir a las cosas mismas.

Contra esta norma fundamental volitiva reacciona con razón Ross quien pide el abandono de toda norma fundamental, frente a la nueva pretensión kelseniana de referirse a una norma fundamental ficticia basada en un acto de volición ficticio que realmente no existe. Pero esta petición de Ross de "ir hasta el final" implica con toda claridad la palinodia de Kelsen en un momento anterior de ese mismo simposio, respecto de su norma fundamental intelectiva. Que era el punto específico que deseábamos dilucidar.

Segundo ángulo: Este concierne a la tesis egológica que Ross verosímilmente no conoce. Ross declara --me permití subrayar su expresión-- que si alguna realidad corresponde a una norma fundamental, entonces no procede impugnarla. Pero éste es el caso de la norma fundamental en abstracto autenticada por la Teoría egológica, al concebirla como el estilo de pensar del jurista en la función de unidad sistemática (por lo cual se despliega como sistematización unitaria). Este estilo de pensar, según ya lo hemos visto, es un hecho real al cual ni Ross ni jurista alguno puede renunciar. La impugnación a Kelsen que efectúa Ross no la puede efectuar contra la Teoría egológica. Aquí también resulta válida la autenticación egológica de la prístina Teoría Pura del Derecho.

II. EXCURSO SOBRE ALF ROSS

Como hay una excelente traducción castellana de On Law and Justice, de Alf Ross, efectuada por el profesor Genaro Carrión, debo comenzar por una aclaración terminológica que a los fines de este excuso la afecta. No estoy conforme

con que se haya traducido "valid" por "vigente" según ha hecho Carrió ateniéndose a buenas razones meramente lingüísticas. No la acepto porque así el problema que a Ross y a mí nos interesa se escapa y el lector queda sin comprender la cuestión. Como en inglés los términos "validity" y "valid" son ambiguos (a veces validez y válido y a veces vigencia y vigente), la acepción correcta a inteligir por el lector depende del tema en desarrollo. Y el tema aquí tanto para Ross como para mí es el de la verdad jurídica, que para Ross está radicado en la aserción del jurista y para mí en la norma (egológicamente entendida) como Ross lo reconoce y puntualiza perfectamente bien, pero que sólo puede puntualizar y no discutir por ignorar el desarrollo egológico (11).

Para comprender el problema de Ross y su opuesta solución, comienzo por destacar que la validez lógica es el peculiar nombre que se da a la verdad lógica. Decir, como dicen algunos, en que la lógica no hay verdad ni falsedad sino sólo validez e invalidez, es una grosera ceguera gno seológica prendida a una cuestión de lenguaje. La verdad definida como adaequatio rei et intellectus permite ver demostrativamente que la validez lógica es el peculiar nombre que recibe la estricta verdad lógica.

Ahora bien; Ross reconoce en la citada nota de su libro que el primer Kelsen y también la Teoría egológica, ven en la ciencia del Derecho un conocimiento normativo en el sentido de que cabría la expresión significativa mediante normas porque éstas serían pensamientos descriptivos (asertivos en el lenguaje de Ross) y no prescripciones como dirá el segundo Kelsen o directivas como dice Ross.

El maestro danés refuta el primer Kelsen, quien ya habría cambiado de posición, afirmando que el único significa-



do sostenible para proveer de un contenido a la ciencia del Derecho, es que el conocimiento que hubiere en ella versara sobre las normas mismas, esto es, que las normas en cuanto que directivas fuesen el objeto a conocer por el jurista. La refutación hasta aquí le es fácil porque el propio Kelsen, al distinguir "regla de derecho" por un lado (aserción en el lenguaje de Ross) y "norma jurídica" por otro (directiva en el lenguaje de Ross), le está dando la razón en cuanto que ahora también para Kelsen la norma jurídica sería el objeto a conocer. Pero, Ross, con implacable coherencia, refuta así mismo al segundo Kelsen no sólo por la inadecuación lingüística de llamar "regla" a un pensamiento descriptivo, sino porque principalmente con hábil ambigüedad da por sentado que la mención objetal que la regla efectúa acerca de la norma jurídica sería también "un pronunciamiento acerca de lo que debe ser" y no un pronunciamiento acerca de lo que es", para lo cual, esto es para encubrir su incoherencia, Kelsen hace el juego de palabras de llamar ocasionalmente a la "regla", "norma en sentido descriptivo de la palabra".

Esta refutación no alcanza a la solución egológica — Ross, claro está, tampoco lo pretende puesto que no la conoce —, la cual, autenticando a la prístina Teoría pura, puede y debe afirmar que la norma, por ser un deber ser lógico, es un pensamiento asertivo y descriptivo del deber ser existencial de la conducta fenoménica. En tal sentido la norma mienta la conducta humana en la medida en que ésta se fenomenaliza como "el poder ser una posibilidad siendo la posibilidad que llega a ser" (Heidegger).

Este planteamiento escapa a la objeción de Ross cuya posición, según veremos, es en sí misma pueril e ilusoria como solución del problema relativo a lo que por el conocimien

to jurídico resulta conocido. Para entender la razón de la solución egológica hay que percibirse de que la conducta se integra con el pensamiento de sí misma y de que únicamente el pensamiento normativo puede ser este pensamiento de la conducta misma que a ella la integra, en la medida en que la conducta es libertad fenomenalizada. Siendo esto así, se comprende también que si bien Kelsen, Ross y la Teoría egológica pueden afirmar con razón que no hay ninguna validez jurídica de conducta si no la acompaña un mínimo de vigencia al respecto, en cambio sólo la Teoría egológica puede decir a la par que no hay ninguna vigencia jurídica de conducta si no la acompaña también un mínimo de validez al respecto. La vigencia como sustrato jurídico de una validez y la validez como logos jurídico de una vigencia están dadas a la par para el sujeto cognosciente quienquiera fuere, en la conducta que como objeto a conocer el jurista conoce; quien a este efecto puede ser, sin duda, un mejor conocedor pero no el exclusivo conocedor del Derecho. Y esto, hablando de vigencia jurídica y de validez jurídica, no sería así si la conducta no se integrase con el pensamiento normativo de sí misma. Los movimientos de Incitato al desplazarse tuvieron una vigencia o efectividad de acuerdo a su naturaleza equina; pero ya sabemos que tal vigencia no fue ni podía ser una vigencia jurídica. Lo mismo el deambular de un sonámbulo por una cornisa tiene una vigencia de acuerdo a su estado, pero tampoco se trata de una vigencia jurídica por ser una actuación sin personalidad y no meramente exenta de responsabilidad, es decir, una actuación sin autoría ni egología.

Aquí no tratamos de reiterar la fundamentación de la tesis egológica a estos respectos en este momento. Tratamos sólo de señalar:

1) La total discrepancia de Ross con el Kelsen de 1934 y la parcial discrepancia con el de 1945, pues la aceptación kelseniana del imperativismo de Olivecrona está expresado en 1945 con un lenguaje de disfraz cuando dice "norma jurídica", tanto con Ross cuando éste se refiere a lo mismo con un vocable más adecuado y también no teorético diciendo "directiva". En tal sentido Ross sólo nos ofrece la misma teoría para el Derecho en este punto clave, que el segundo Kelsen pero pensada con más coherencia y mejor lenguaje.

2) El tercer Kelsen, el de la norma fundamental volitiva de 1963, está rechazado por igual y por el mismo motivo tanto por Ross como por la Teoría egológica. Esta norma fundamental, siendo una expresión de voluntad, no puede ser un acto gnoseológico en cuanto que fuere pura voluntad como lo requeriría su naturaleza categorial. Sólo le cabe ser o un hecho o una ficción. Si fuese un hecho, Kelsen --que ha desterrado de su mundo intelectual el tema de la libertad-- no puede pretender que sea un hecho primero, que no los hay en la serie causal con que él se maneja; y si fuese una ficción, no sabemos en verdad de qué se habla ni para qué se la invoca tratándose de dar cuenta de una efectiva experiencia biográfica.

3) La polémica de la Teoría egológica con los Kelsen primero y segundo radica en que Kelsen, habiendo anunciado el papel cognosciente de la norma jurídica en cuanto juicio(pensamiento descriptivo y teorético en ella misma), no ha encontrado manera de consumar este planteamiento gnoseológico bloqueado por su propia iusfilosofía, salvo con la tesis, vacía y paradójica, de que la norma conoce normas. La Teoría egológica, en cambio, lo ha consumado sin dificultad mostran-

do que la relación primaria entre norma y conducta es la relación gnoseológica dentro de una gnoseología del deber ser.

4) La discrepancia de Ross con la Teoría egológica, a lo que se puede colegir, radicaría en que Ross niega a la norma toda función cognosciente. Ella queda reducida a una directiva verbal destinada a ejercer influencia y nada más. En vez de contener un pensamiento asertivo y descriptivo, su pensamiento es un mero pensamiento prescriptivo carente de significación representativa de algo dado en la experiencia jurídica.

5) La discrepancia de la Teoría egológica con el pensamiento de Ross tiene sentido inverso, o sea, afirma la naturaleza cognoscente del pensamiento normativo y presente a la llamada ciencia dogmática del Derecho como un conocimiento normativo con rango científico. Y por eso puede, además, mostrar el error de la concepción científica de Ross, cosa que pasamos a evidenciar por ser precisamente el motivo específico de este ensayo.

En efecto: si a Ross le parece válida y en consecuencia fecunda la distinción kelseniana de 1945 entre regla de derecho y norma jurídica que él, con lenguaje más adecuado, llama aserción y directiva respectivamente, tiene que asumir en forma convincente, la tarea de mostrarnos esa diferencia mediante las correspondientes expresiones en forma tal que cada expresión muestre todo lo que sea necesario ver. En este caso las meras enunciaciones nos convencerán por parecernos suficientes en todo sentido. Veamos, pues, cómo Ross cumple esta tarea.

Usaré la versión inglesa del libro de Ross porque justa

do que la relación primaria entre norma y conducta es la relación gnoseológica dentro de una gnoseología del deber ser.

4) La discrepancia de Ross con la Teoría egológica, a lo que se puede colegir, radicaría en que Ross niega a la norma toda función cognosciente. Ella queda reducida a una directiva verbal destinada a ejercer influencia y nada más. En vez de contener un pensamiento assertivo y descriptivo, su pensamiento es un mero pensamiento prescriptivo carente de significación representativa de algo dado en la experiencia jurídica.

5) La discrepancia de la Teoría egológica con el pensamiento de Ross tiene sentido inverso, o sea, afirma la naturaleza cognoscente del pensamiento normativo y presente a la llamada ciencia dogmática del Derecho como un conocimiento normativo con rango científico. Y por eso puede, además, mostrar el error de la concepción científica de Ross, cosa que pasamos a evidenciar por ser precisamente el motivo específico de este ensayo.

En efecto: si a Ross le parece válida y en consecuencia fecunda la distinción kelseniana de 1945 entre regla de derecho y norma jurídica que él, con lenguaje más adecuado, llama aserción y directiva respectivamente, tiene que asumir en forma convincente, la tarea de mostrarnos esa diferencia mediante las correspondientes expresiones en forma tal que cada expresión muestre todo lo que sea necesario ver. En este caso las meras enunciaciones nos convencerán por parecernos suficientes en todo sentido. Veamos, pues, cómo Ross cumple esta tarea.

Usaré la versión inglesa del libro de Ross porque justa

mente el lenguaje elegido para la traducción castellana por el profesor Carrió, es inadecuado para percibir la fin dole del argumento y la magnitud de la crítica que haga valer en contra del maestro danés; más aún, con el texto de la traducción castellana la impugnación egológica carece de sentido pues la palabra "validez" en Lógica siendo, como ya hemos consignado, el peculiar nombre que recibe la estricta verdad lógica, le sirve aquí a Ross para aludir a la verdad reflexiva de un problema de reflexión lógica donde se explicita el logos de algo en su significación lógica propia pero que de ninguna manera puede ser la mos tración de lo que Ross debería de mostrarnos. La existencia no es reflexiva y la vigencia , siendo existencia, tampoco. Unicamente la conciencia tiene el privilegio reflexivo, esto es, la capacidad de volverse sobre sí para tomar conciencia de ella misma. Nadie puede vivir su existencia reexistenciándola; se vive siempre existiendo directamente. Así, atendiendo a la situación reflexiva a que echa mano, percibiremos a toda luz el error de la formulación de Ross. La impugnación egológica atañe precisamente a un problema de la verdad lógica-jurídica inherente a la norma como aserción acerca de la conducta y descripción de esta conducta que ella así enuncia; opinión que la Teoría egológica definitoriamente sustenta pero que Ross, también definitoriamente, desecha. Y a fin de comprender cuánto y cómo la traducción castellana es inepta para mostrar esta impugnación egológica, basta leer el ejemplo de Ross que aparece en la pág.17 de esta traducción -corresponde a la pág.17 también del texto inglés--, donde se destaca cuánto "ayuda al esquema derecho vigente... -valid law- a constituir un todo coherente de significado y motivación". Esta ayuda procede con referencia a la verdad lógico-jurídica como validez lógica pero no con referencia a la vigencia --como leemos en la trans

ducción-- que es existencia. La existencia lo único que acredita de por sí es su propia existencia; y por eso también la vigencia acredita de por sí solamente su propia existencia. La verdad óntica de la existencia no es la verdad ontológica de un consistir. Por eso carece de sentido creer que el Derecho vigente por ser vigente puede "constituir un todo coherente de significado y motivación". Semejante sentido aparece si decimos que el Derecho vigente por ser Derecho puede constituir tal cosa; pues con esto se dice simplemente que el Derecho válido -el Derecho que vale por lo que en su verdad es-, por ser válido puede constituir un todo coherente de significado y motivación. Aquí se trata de la verdad de un logos, esto es, de la validez lógica con que estructuramos como Derecho verdadero los datos existentes, es decir, como Derecho válido por su verdad. (No es por casualidad que todas las palabras denotativas empleadas por Ross en la frase que acabamos de transcribir, presenten un consistir intelectivo; no un consistir perceptivo, rememorativo o imaginativo). Y ahora vamos al grano; hemos anunciado que se trata de un problema de reflexión lógica que explicita el logos de algo en su verdad lógica, esto es, en su significación lógica. Esto es lo que Ross presenta, pero con esto no muestra ni puede mostrar lo que debería de mostrar para confirmar su idea de que la norma jurídica es una directiva y no un pensamiento significativo o concepto del deber ser con funciones paralelas a las de un concepto del ser o aserción como Ross llama a éstos.

No hay duda que la distinción entre aserción y directiva es correcta; pero la cuestión es mostrar que la norma jurídica es una directiva. A este efecto, según Ross debemos proceder así: Tomemos una norma del Código Civil, por

ejemplo la del art. 1556; el locatario debe pagar al locador el precio por la locación convenido. Esta es la Directiva D; se trata de una expresión destinada a influir sobre el comportamiento de la gente, carente, sin embargo, según Ross, de un significado de conjunto representativo de ese conjunto en su unidad como algo. (He agregado por mi cuenta las palabras subrayadas con propósito aclaratorio, para evitar el rechazo in limine del pensamiento de Ross por error ostensible, pues "locatario", "locador" y "precio de la locación" tienen un significado representativo de alguien o de algo). La directiva D, esto es, la norma sin normatividad del segundo Kelsen, es el Derecho; ella es la "cosa" que el jurista conoce con su pensamiento asertivo y significativo, pues el jurista, para cumplir su tarea cognosciente, tiene que reformular el pensamiento de la directiva D diciendo lo siguiente: la directiva D es derecho válido. En nuestro ejemplo habría que decir así: el locatario debe pagar al locador el precio de la locación convenido, es derecho válido.

Este agregado, según Ross, muestra lo definitorio de las aserciones del jurista frente a las directivas del órgano (legislador, juez, etc.). Sin embargo, si hubiese que darle a ellas esta forma verbal expresa en un tratado cualquiera de Jurisprudencia cada vez que cupiera hacerlo, la ciencia del jurista adquiriría un tono insufrible a la par que pueril, porque a ese agregado todo jurista lo lleva forzosamente en su intelecto en forma tácita -como Ross no lo niega- y también todo órgano -como Ross lo tiene que negar para no anular su teorización del problema.

Aquí la Teoría egológica hace notar que el pretendido agregado de Ross por virtud del cual una directiva jurídica se transformaría en un conocimiento jurídico, no es en rigor

un reajuste de lenguaje que emerge por explicitación, si no la explicitación por reflexión de algo vivido en el previo conocimiento directo pero no expresado, -Husserl, dándole madurez al cógito cartesiano, "ha mostrado en forma impecable cuánto más hay vivido en una vivencia significativa que expresado en lo que emerge de esa vivencia" (Husserl, Investigaciones Lógicas, V y VI Investigaciones). Sea el juicio A es B. Esta enunciación predicativa es la expresión. Pero si por reflexión nos volvemos sobre la vivencia en que tal expresión se sustenta, para hacer explícito lo que al expresarla se ha vivido en íntima y latente unidad con ella, un primer análisis fenomenológico nos advertiría que el enunciado involucra una referencia a la verdad y que expresaríamos lo vivido diciendo: "es verdad que A es B", (12). Así, si yo digo "este lápiz es rojo" aserción), una simple reflexión sobre él me advierte que mi vivencia ha vivido un "es verdad que este lápiz es rojo".

Salta a la vista la identidad fundamental del papel y sentido que tienen el "es verdad que" de Husserl y el "es derecho válido" de Ross. Esta identidad acredita la falacia del planteamiento y desarrollo de Ross. Su aserción no agrega nada a su pregunta directiva. La diferencia -aquella hace patente lo que en ésta es latente- no separa a los dos actos; por el contrario los une porque en lo fundamental son uno y el mismo acto. Ross tiene que reconocer que la norma como de recho válido es una aserción del deber ser si es cierto que la razón práctica no deja de ser razón por ser práctica.

- (1) ROBERT WALTER, El estado actual de la Teoría pura del Derecho, en el volumen Hans Kelsen, pág. 332, N.17; volumen de homenaje editado por la Universidad de Valparaíso, (Chile) en diciembre de 1974, bajo la dirección del prof. Agustín Squella.

Para mayor precisión en la búsqueda de las obras mencionadas, valgan estos datos adicionales:

1. Teoría general del Estado fue publicada en español en la magnífica traducción realizada por el maestro Luis Legaz y Lacambra, en Barcelona, 1934, editorial Labor. La siguiente edición la realizó el Fondo de Cultura Económica de México, en 1948, seguramente por influencia de los españoles exiliados. La obra, si bien fue divulgada en nuestro idioma con bastante tardanza, es de 1925 (Allgemeine Staatslehre, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, 23, Band. Berlin: Julius Springer, 1925). La traducción al japonés se realizó sólo en 1975. (Ippan kokuhogaku, Tokio).

2. La primera edición argentina de Teoría pura del Derecho, la realizó en muy buena traducción el profesor Jorge Tejerina, en Buenos Aires (Editorial Losada, 1941); la primera en español se debió a Luis Legaz y Lacambra (Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid) en 1935. El original alemán es de 1934, (Reine Rechtslehre, Leipzig y Viena, F. Feuticke); hay versión italiana (Torino, 1952-trad. de Renato Treves.); japonesa (Tokio, 1935 -Trad. de K. Yokota); koreana (Seúl, 1949 (1ra.ed.; 1952, 2da.; 1953, 3ra.-Trad. de H. Sandok); búlgara (Sofia, 1937 -Trad. de von Jossip); china (Shangai, 1946 -Trad. de Liu-Yen-Ku); inglesa (Band, 1935 -Trad. de Charles Wilson); polaca (Warszawa, 1934 -Trad. de K.W. Kumaniecki); suiza (Jahrgang, 1934); yugoslava (Brno, 1934 - Trad. de Vpalcav Chityl); entre otras reconocidas por la influencia que ejercieron en las culturas jurídicas de los países que acudían a esta obra. (Se omitieron las reimpresiones y retraducción, o nuevas versiones en idiomas ya mencionados; pero cabe destacar que Teoría pura del Derecho, es una de las obras

que más comentarios bibliográficos ha recibido como obra jurídica; para familiarizarse con la verdadera dimensión de la influencia kelseniana, en la cantidad de referencias bibliográficas a la mano, puede verse el libro también de Robert Walter Hans Kelsen - Ein Leben im Dienste der Wissenschaft, Manz, Verlag Wien, Austria. No hay versión española).

3. La obra Teoría del Derecho y del Estado, es mucho más que una actualización de la obra de 1925. Es la primera Teoría general verdaderamente merecedora de ese nombre; por supuesto, desde el punto de vista egológico es un trabajo pasible de múltiples críticas; pero Kelsen era un hombre de gran madurez intelectual, había desarrollado una Teoría propia, y dentro de ese sistema, esta obra se mueve con verdadera autoridad. Fue publicada en inglés, pues Kelsen ya estaba radicado en Estados Unidos con motivo de la II Guerra (General Theory of Law and State, Century Legal Philosophie Series, vol.I, Cambridge, Mass.; Harvard University Press, 1945; 2da. imp., Harvard, 1946; 3ra., Harvard, 1949; 4ta., New York, 1961; 5ta., New York, 1973). La primera versión española fue la de García Márquez, México, 1950 (imprenta universitaria); hay versiones italiana, polaca y sueca.

4. La segunda edición de Teoría pura del Derecho merece una mención especial; esta segunda edición poco tiene que ver con la primera. Los retoques, supresiones, añadidos, cambio fundamental de vocabulario, y un viraje notorio en la perspectiva hacen de esta obra un trabajo digno de individualizar. Kelsen es, aquí, otro; otro jurista, con otra cabeza, con otras ideas. Cossío encontraba en esta "reediación" la impronta de su Teoría egológica; en los episodios de Salzburgo -que se leeran en el texto- se advirtió que los cambios de mentalidad en Kelsen eran ciertos. Esta "se

gunda edición "se hizo en Viena en 1960; la versión francesa, llamada a tener mucha influencia, es de 1962; la italiana de 1966; las portuguesas de 1962 -Portugal- y 1976 -Brasil-; la inglesa de 1967; la finesa de 1968; la primera española de 1966 -Buenos Aires-; la segunda de 1968 -Buenos Aires-; la tercera de 1979 -México-.

- (2) Tomo la referencia del citado volumen de la Universidad de Valparaíso, pág. 384, del testimonio escrito por Albert Ehrenzweig. Consta también allí la frialdad con que se lo recibe en la Universidad de Harvard y el calor con que lo acoge la de Berkeley; un año en la primera como investigador adjunto, que finaliza con una negativa para continuar el contrato; y sin término en la segunda.
- (3) La carta de Kelsen del 29-XI-41 puede leérsela en la Teoría egológica del Derecho, ed.: de 1964, pág. 357, N° 47 bis.
- (4) KARL OLIVECRONA, Law as Fact, págs. 42 a 49, London, 1939, ed. Humphrey Milford; y L'Imperativo della Legge, en revista Jus. diciembre 1954, fasc. IV págs. 451 a 467; Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore.
- (5) Este comentario se efectuó en toda la América Latina con singular responsabilidad y minucia, acaso porque al ser introducido por la Teoría egológica el nombre de Kelsen en las universidades del subcontinente, lo hizo comprometiendo en ello la convicción de que Kelsen era para todos el maestro generacional. En este sentido los dos estudios más destacados sobre esta crisis kelseniana pertenecen a dos eminentes profesores brasileños; el de Antonio L. Machado Neto, La lógica deóntica de Kelsen a Cossio, 1970, en revista Scientia Iuridica, XIX, N° 107, texto presentado en 1968 al XIV Congreso Internacional de Filosofía de Viena; y Cossio e Cicourel: Duas contribuições a uma ediética sociológica (1970).

- (6) Las conferencias de Kelsen debieron haber salido en libro, en traducción castellana y versión francesa, que fue el idioma en que se expresó el maestro vienes. La versión castellana en edición oficial de la Facultad de Derecho apareció en 1952, por editorial Guillermo Kraft. La versión francesa (originales existentes en el archivo de la Facultad), no apareció nunca; su edición fue bloqueada por el círculo que rodeó a Kelsen durante su estada en Buenos Aires. Algunas noticias sobre estas desinteligencias pueden verse en las cartas que Kelsen y Cossío publicaron en LA LEY del 18 de diciembre de 1952 - Tomo 68.
- (7) Esta expresión de norma jurídica completa está usada y explicada en la pág. 191 de la primera edición y 360 de la segunda de La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad. En ambos lugares se hace referencia al esquema de Kelsen tachándolo de incompleto en forma muy respetuosa.
- (8) Tomo esta última referencia del ya citado trabajo de Robert Walter, pág. 352, nota 73, quien se remite al ensayo de Kelsen Recht und Logic publicado en 1965. En la nota 72 Walter cita su trabajo Der Aufbau der Rechtsordnung (1964) con críticas parciales a las innovaciones de la Teoría pura del Derecho, segunda edición (1960).
- (9) Texto transcripto por Alf Ross en su obra Lógica de las Normas, págs. 146/7 de la traducción castellana (Madrid, 1971, Ed. Tacnos) y tomado de la revista Oesterreichische Zeitschrift für Oeffentliches Recht, págs. 119 a 120, Viena. 1963.
- (10) Lourival Vilanova, ensayo publicado en el Anuario do

Maestrado em Direito, Nº 7, págs. 131 a 170, año 1976,
Recife (Pernanbuco, Brasil).

- (11) Véase a sección (b) de la nota 29 del capítulo I de la versión castellana del libro de Ross. En el texto inglés es la nota 4 del II del Capítulo I.
- (12) COSSIO, Carlos; La Teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de Libertad, ed. cit., pág. 353, Buenos Aires, 1964.