

LOS "PUNTOS DE CONEXION", EL ESPACIO JURIDICO Y EL PUESTO DEL HOMBRE EN EL COSMOS (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI(**)*

*A la memoria de los maestros
Werner GOLDSCHMIDT y Carlos COSSIO*

1. Los puntos de conexión (1) que se emplean en Derecho Internacional Privado reflejan una concepción de la organización del espacio jurídico hoy ocupado por la comunidad internacional y, en definitiva, una posición acerca del puesto del hombre en el cosmos. Como le hubiera agrado señalar a Carlos Cossio, cada punto de conexión significa un "sentido" en cuanto a "espacialidad" (o sea a "espacio cultural") en el aspecto jurídico y respecto a la vida toda (2). Cuando se "llena", con la debida "correspondencia" (3), el lugar de la Filosofía Jurídica "Menor", como lo permite la teoría trialista del mundo jurídico fundada por Werner Goldschmidt (4), es más fácil reconocer las relaciones entre las soluciones concretas del Derecho y la Filosofía "Mayor" con que se vinculan.

La comprensión jusfilosófica trialista de los puntos de conexión es una base excelente para reconocer en profundidad las diferentes concepciones de la organización del mundo y del puesto del hombre en el cosmos que pueden anidar en nuestra materia. Sin caer en la exageración del "sistematismo" que abusa en relacionar todo con todo, creemos que es mucho lo que puede y debe avanzarse en el reconocimiento de los signifi-

(*) Ideas básicas de disertaciones en el curso de Derecho Internacional Privado del doctorado específico de la Universidad Notarial Argentina que se dicta en Córdoba.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs. As. Depalma, 1985, págs. 119 y ss. y 171 y ss.

(2) V. no obstante GOLDSCHMIDT, op. cit., ed. Bs. As., El Derecho, 1970, pág. 137; también c. COSSIO, Carlos, "Impugnación egológica de la Escuela del Derecho Libre", en "La Ley", t. 115, pág. 883 (en cuanto a la traducción de Savigny, en el empleo de la expresión "sitz", la razón corresponde a Goldschmidt - c. por ej. "Sitz" en ALVAREZ-PRADA, Enrique Prof. "Handwörterbuch Spanisch" (Langenscheidts, Parte II), Berlín, ed. 1977, pág. 557.

En el Derecho Privado en general el sentido es "reflexivo", vuelto en definitiva sobre sí mismo, a diferencia del sentido del Derecho Público, que es "proyectivo" hacia la integración externa. Un elemento es extranjero porque su sentido parte de un punto distinto de nosotros. Los problemas generales del Derecho Internacional Privado pueden ser comprendidos como capítulos de la dinámica del sentido de la conducta de la norma indirecta y, así, por ejemplo, las calificaciones significan la complementación del sentido; el fraude a la ley es una expresión del "sin sentido"; el reenvío es "inflexión" del sentido y el orden público rechaza un "contrasentido".

(3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 49 y ss.

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

ficados filosóficos de las soluciones concretas del Derecho en general y de las soluciones jusprivatistas internacionales en especial (5).

Una visión selectiva de diferentes perspectivas jusfilosóficas reconocibles a la luz de la teoría trialista del mundo jurídico lleva, por ejemplo, en cuanto a la **dimensión sociológica**, a tener en cuenta la autoridad (realizadora del valor poder) y la autonomía (que satisface el valor cooperación), la planificación gubernamental en marcha (realizadora del valor previsibilidad) y la ejemplaridad (que satisface el valor solidaridad) y el orden en su conjunto (realizador del valor homónimo "orden"); en relación con la **dimensión normológica**, cabe destacar diferentes grados de coactividad y dispositividad de las normas, que llevan a las nociones de "hecho", "acto" y "negocio" jurídicos, las concepciones básicas de institución y contrato, y la estructura vertical y horizontal del ordenamiento normativo (donde pueden realizarse respectivamente los valores subordinación e ilación, e infalibilidad y concordancia, satisfaciéndose en el conjunto el valor coherencia) y, por último, respecto de la **dimensión dikelógica** es posible destacar las relaciones del valor justicia con otros valores, el predominio de la justicia general (fundamento más profundo del Derecho Público) o la justicia particular (referencia final característica del Derecho Privado), la atención a la unicidad, la igualdad y la comunidad de los hombres (caracteres respectivamente básicos del liberalismo político, la democracia y la "res publica") y la protección del individuo contra los demás, el régimen, sí mismo y todo "lo demás" (miseria, enfermedad, vejez, etc.)

2. Puede decirse, en un panorama general, que en la organización espacial hoy ocupada por la comunidad internacional los puntos de conexión **conductistas** corresponden a mayor juego de la autonomía (y la cooperación) y de la ejemplaridad (con su valor solidaridad); que se remiten más a las nociones de acto y negocio jurídicos y de contrato y ponen más en juego la estructura horizontal del ordenamiento normativo (con sus valores infalibilidad y concordancia) y que corresponden a mayores relaciones de la justicia con los valores respectivos (mencionados en los paréntesis) y con la utilidad, al predominio de la justicia particular (con afinidad con el Derecho Privado), a la atención a la unicidad (y al liberalismo político) y a la protección del individuo contra el régimen. En cambio, los puntos de conexión **reales** en general y, sobre todo, el punto de conexión situación de la cosa cuando se trata de un inmueble "por naturaleza", ejemplifican el mayor desarrollo de la autoridad (y el poder), el plan de gobierno en marcha (y la previsibilidad) y el orden (más apoyado en este caso en la naturaleza); se aproximan más a las nociones de hecho jurídico e institución y corresponden a mayor desenvolvimiento de las relaciones verticales entre normas (con sus valores subordinación e ilación y, en definitiva, más coherencia) y muestran mayores vinculaciones de la justicia con los valores respectivos (recién referidos), el predominio de la justicia general (con su afinidad con el

(5) Pueden v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. III, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 38 y ss. y diversos trabajos del mismo autor publicados en sus obras citadas, en este mismo "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social" y en "Investigación y Docencia".

Derecho Público), la atención a la igualdad y la comunidad (a la democracia y la res pública) y la protección del individuo contra sí mismo y los demás.

Estas dos líneas extremas, que ejemplifican los significados de los puntos de conexión en general, pueden desarrollarse diciendo, en primer término, que entre los puntos de conexión **personales** la nacionalidad y la residencia se desenvuelven sociológicamente mediante mayor autoridad (poder); planificación gubernamental en marcha (previsibilidad) y orden; son **normológicamente** más incluibles dentro de las nociones de acto jurídico e institución y más referidos a normas verticalmente relacionadas (realizadoras de la subordinación y la ilación, y más consolidantes de la coherencia) y dan una visión de la justicia más referida a los valores respectivos (mencionados en paréntesis), más general (publicista), comunitaria (de res pública) y de protección contra uno mismo y los demás. En cambio, el punto de conexión domicilio corresponde **sociológicamente** a mayor autonomía (cooperación) y ejemplaridad (solidaridad); en lo **normológico** presenta más proximidad con las nociones de negocio jurídico y contrato y depende más de las relaciones horizontales entre normas (con sus valores infalibilidad y concordancia) y, en lo **dikelógico**, presenta una posición de la justicia más apoyada en los valores respectivos (mencionados en este párrafo), más particular (y privatista), afín a la unicidad (al liberalismo político), y a la protección del individuo contra el régimen.

Entre los puntos de conexión **conductistas**, el paso de la autonomía al lugar de celebración, de éste al lugar de ejecución y, a su vez, al lugar de perpetración del acto ilícito corresponde, en lo **sociológico**, al paso de mayor autonomía (cooperación) a mayor autoridad (poder), de la dependencia de más ejemplaridad (solidaridad) a más intervención de la planificación gubernamental en marcha (previsibilidad) y al incremento de la preocupación por el orden. En lo **normológico** se trata del desplazamiento desde el negocio a la afinidad con el hecho jurídico, del contrato a la institución y de la mayor intervención de relaciones horizontales (valores infalibilidad y concordancia) a la mayor aparición de vinculaciones verticales (valores subordinación e ilación y más coherencia). Por fin, en lo **dikelógico**, es el cambio respectivo de los valores en que se apoya la justicia y su mayor o menor integración con la utilidad; el paso de la justicia particular (y el espíritu privatista) a la justicia general (y el espíritu publicista); el cambio de la mayor referencia a la unicidad (del liberalismo) a la mayor relación con la igualdad y la comunidad (democracia y res pública) y, asimismo, el paso desde más protección contra el régimen a más amparo contra los demás individuos, lo demás y el mismo individuo.

Entre los puntos de conexión **reales**, la situación de la cosa cuando se trata de inmuebles "por naturaleza" y el lugar de registración corresponden a extremos de un arco de posibilidades que pasa por la situación de los muebles y va, en lo **sociológico**, desde la autoridad (poder) a la autonomía (cooperación), desde las mayores posibilidades de la planificación gubernamental en marcha (previsibilidad) a más juego para la ejemplaridad (solidaridad) y del apoyo en el orden natural a la formación de un orden más cultural. En lo **normológico** pasa de la afinidad con la noción de hecho a la proximidad con la noción de negocio jurídico (con menores o mayores posibilidades para el fraude a la ley); del parentesco con la idea de institución a la mayor relación con el contrato y desde el mayor juego de las vinculaciones verticales (subordinación e ilación) a un juego mayor de las relaciones horizontales (más dependencia de la infalibilidad y la concordancia). En lo **dikelógico**, se trata de diferentes apoyos del valor justicia, crecientemente integrado con la utilidad; del paso desde una mayor referencia a la justicia general (y al

Derecho Público) a un espíritu más afín a la justicia particular (y al Derecho Privado), del cambio de una mayor atención a la comunidad y la igualdad a la unicidad (desde la res publica y cierta democracia a más liberalismo) y del paso del predominio de la protección del individuo contra los demás y sí mismo a cierto amparo frente al régimen.

3. A la luz de las consideraciones que anteceden, los puntos de conexión pueden ser comprendidos desde muy diversas perspectivas. Por ejemplo, es posible destacar en general la mayor afinidad “cultural” de los puntos de conexión reales y personales y más “civilización” en los puntos de conexión conductistas; el carácter más cultural de los puntos lugar de ejecución, lugar de perpetración del acto ilícito y lugar de situación, y el mayor parentesco con la civilización que poseen la autonomía, el lugar de celebración y el lugar de registración. Otro ejemplo surge de la mayor afinidad **capitalista** de los puntos conductistas y en especial de la autonomía y el lugar de celebración (pero también del domicilio y del lugar de registración o de situación del mueble), en tanto que los puntos de conexión reales, sobre todo el lugar de situación del inmueble “por naturaleza” (y, además, la nacionalidad y la residencia, y el lugar de ejecución y de perpetración del acto ilícito), son más afines a lo que hoy podemos entender como sistema “feudal” (6). No es por azar que la autonomía de las partes se ha desarrollado sobre todo en las edades Moderna y Contemporánea, a través de las ideas de Dumoulin, Savigny y Mancini. Hay además, v.gr., puntos de conexión en general más referidos a los países de “emigración” de personas o capitales (la nacionalidad y el lugar de celebración) y otros más afines a los países de “inmigración” (el domicilio y el lugar de ejecución).

A su vez, los puntos de conexión resultan vinculados a diferentes modelos de organización del espacio que ocupa la comunidad internacional. En general, la más nítida distinción de los elementos de la comunidad internacional se da en el empleo del punto de conexión personal domiciliario; la dinámica de la internacionalidad se muestra más en los puntos de conexión conductistas que, sin embargo, tienen su más radical expresión en la apertura “universalista” de la autonomía, y los puntos de conexión reales contienen ingredientes territorialistas nacionalistas, que culminan en la situación del inmueble “por naturaleza”. Según hemos dicho, entre los puntos personales el más vinculado con la división internacional es el domicilio, en tanto que la nacionalidad y la residencia resultan respectivamente más “imperial” o territorialista. Entre los puntos de conexión conductistas, el mayor equilibrio internacional se muestra en el lugar de celebración y el lugar de cumplimiento, en tanto que la autonomía es más “universalista” y el lugar de perpetración del acto ilícito más afín al **territorialismo nacionalista**. El punto de conexión lugar de situación del mueble resulta más equilibradamente internacionalista, en tanto que el lugar de situación del inmueble, cuando éste es “por naturaleza”, corresponde a más **territorialismo nacionalista** y el lugar de registración da más juego al univer-

(6) Puede v. por ej. VALLADÃO, Haroldo, “Direito Internacional Privado”, t. I., 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1974, págs. 103/4 y 107 y ss. No obstante, urge tener en cuenta que la comunidad internacional tiene su propia dinámica, relativamente diversa de la interna, de modo que el territorialismo “resurgió” en la de cierto modo capitalista Edad Moderna y la nacionalidad se entronizó en la fuertemente capitalista Edad Contemporánea (S. XIX). La comunidad internacional tiene, todavía, una organización relativamente feudal.

salismo. (7).

También puede reconocerse una posición más “antropocéntrica” o “teocéntrica” acerca del puesto del hombre en el cosmos. La concepción más antropocéntrica subyace en la autonomía, el lugar de celebración y el lugar de registración, y la visión más teocéntrica en el lugar de situación del inmueble “por naturaleza” y el lugar de perpetración del acto ilícito. La concepción más teocéntrica o antropocéntrica permite diferenciar, entre los puntos de conexión reales, el lugar de situación de la cosa (donde hay relativo predominio del sustrato, sobre todo cuando éste se constituye más naturalmente) y el lugar de registración (en que predomina más el sentido). En cuanto a la *vida* del hombre, el empleo de puntos de conexión reales significa una mayor sujeción a la relación con las cosas (y a través de éstas con la comunidad); el uso de puntos de conexión personales corresponde a una vida más “humana”, pero sujeta a condiciones que no fabricamos, y el empleo de puntos de conexión conductistas significa una vida más fabricada por el mismo hombre (8). La filosofía de los puntos de conexión y la filosofía del Derecho Internacional Privado son capítulos imprescindibles de la filosofía general.

5. Cada solución del Derecho Internacional Privado puede comprenderse en profundidad a la luz de las consideraciones que anteceden y así, por ejemplo, el empleo del punto de conexión *real* situación de la cosa respecto de los bienes raíces situados en la República, en el artículo 10 del Código Civil argentino, ha de entenderse al hilo del desarrollo de la comunidad internacional mediante la mayor intervención de la autoridad (poder), la planificación gubernamental en marcha (previsibilidad) y el orden; de la afinidad con las nociones de hecho jurídico y de institución y el empleo de relaciones verticales entre normas, y de la justicia apoyada en el poder, la previsibilidad y el orden, de carácter general (afín al Derecho Público), comunitaria (de *res publica*) e igualitaria (democrática) y de protección del individuo contra los demás y frente a sí mismo. Se trata de una solución de carácter relativamente “cultural”, feudal, territorialista nacionalista y de cierto modo teocéntrica y es, en definitiva, a la luz de las consideraciones que anteceden que ha de reconocerse su “correspondencia” o mera “yuxtaposición” con la caracterización que filosóficamente ha de darse a la “causa” respectiva (9).

(7) Respetto de la filosofía de la espacialidad jusprivatista internacional cabe siempre tener presente: BATIFFOL, Henri, “Aspects philosophiques du droit international privé”, Paris, Dalloz, 1956.

(8) El Derecho Internacional Privado, mediante su respeto a través de la imitación del Derecho extranjero, es una alta expresión del carácter de hombre “autoexigente”.

(9) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, 23 de abril de 1987.

NOTAS BASICAS PARA UN CURSO DE COMPRENSION JUSFILOSOFICA DE LOS PARTIDOS POLITICOS ARGENTINOS(*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI/(**)*

1. Como sucede en todas las filosofías “regionales”, para comprender a un partido político desde el punto de vista filosófico es esclarecedor considerarlo al hilo de la filosofía “mayor”, que lo relaciona con el resto del universo, y en el curso de la filosofía “menor”, que lo enfoca en sí mismo(1). En este caso, se trata de su comprensión respecto de la **Filosofía del Derecho**, aunque el partido político es encarable desde las filosofías de todas las proyecciones de la convivencia(2) y las referencias a los otros despliegues (económicos, artísticos, científicos, religiosos, etc.) resultan con frecuencia altamente esclarecedoras. El propio nombre de partido “político” expresa esta inserción del tema en el “continente” de la **Filosofía Política**.

La filosofía “mayor” de los partidos ha de centrarse en su comprensión en relación con las **ideas filosóficas** en general, a cuyo fin es útil revisar selectivamente la historia del pensamiento, y la filosofía “menor” debe tomar en cuenta las **tres dimensiones** del mundo jurídico (sociológica, normológica y dikelógica) y sus horizontes en las tres dimensiones del “continente” político (sociológica, normológica –con proyecciones lógicas y discursivas– y axiológica). A su vez, cabe diferenciar lo que el partido es y lo que aspira a realizar en la sociedad. Según sucede en todos los marcos de la cultura, la línea de comprensión última han de ser los valores en juego en cada consideración.

2. Un partido político significa una propuesta efectuada desde una “parte”, con referencia al complejo de la convivencia del que es parte. La propuesta partidaria está, como propuesta, destinada a extinguirse por su realización o su marginación y, también, a renacer en una permanente renovación, porque la idea de partido requiere cierta permanencia. A su vez, es papel de los partidos políticos arrojar luz sobre posibilidades de la convivencia, constituyéndose en factores de la dinámica y el crecimiento de la misma.

Desde el punto de vista jurídico, toda sociedad posee en última instancia dos líneas partidarias, una de quienes ya han alcanzado las condiciones de su personalización y otra de los que no las han logrado (W. Goldschmidt), pero –aunque sea en niveles incons-

(*) Ideas básicas del Curso del Ciclo de Orientación Definida que, sobre la comprensión jusfilosófica de los partidos políticos argentinos, dictará el autor en la Facultad de Derecho de la U.N.R. (**Filosofía Política**).

Puede v., además, por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84.

(**) Investigador del CONICET.

(1) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976, págs. 5 y ss.

(2) Puede v. CIURO CALDANI, “Derecho...”, cit.

cientes— los partidos políticos expresan una proyección práctica de las filosofías vigentes en la sociedad. Cada partido político significa un orden filosófico, y el estudio del complejo partidario de una sociedad es altamente significativo para comprender sus líneas de pensamiento profundas; en nuestro caso, para aproximarnos a la comprensión de cuáles son las filosofías vigentes, a nivel partidario, en la vida argentina.

Como sucede en todo marco de relaciones entre idealidades y realidades, en este caso respecto de la Filosofía y la Política, los “motores” pueden estar en uno y otro de los despliegues, o sea que hay idealidades impulsadas por la realidad o a la inversa, sin que a nuestro parecer puedan establecerse determinantes últimas siempre necesarias. A veces, los partidos políticos son dominados por las ideas filosóficas y en otros casos las ideas filosóficas son dominadas por las ideas y las realidades partidarias.

3. Para que una idea penetre en la realidad de la vida es necesario que “funcione”, y en este caso importa especialmente reconocer cuál es el “funcionamiento” que debe tener la filosofía para “entrar” en un partido político. Este funcionamiento ha de cumplirse a través de las tareas de interpretación, asunción, determinación, adaptación, reelaboración y efectivización, de las cuales por lo menos las dos primeras y la última son siempre necesarias. La interpretación político-partidaria de las ideas filosóficas ha de ser menos “leal” a los autores y más “reelaboradora” según el sentido social, llevándose con frecuencia a ignorar los nombres de los autores y las circunstancias históricas que acompañaron su nacimiento. Si bien algunos filósofos, como Marx, tienen formal presencia en el desenvolvimiento ideológico partidario, otros como Saint-Simon, cuyas ideas son puntos de referencia positivos o negativos muy importantes en la vida partidaria de nuestro tiempo, son con frecuencia ignorados. Dada la “distancia” que hay —sobre todo respecto de las filosofías de “trascendencia” y “especulativas” —entre la filosofía y la práctica política, suele requerirse un considerable esfuerzo de adaptación para salvarla. Es grande, v. gr., el esfuerzo de adaptación que ha de hacerse para pasar de la filosofía cristiana a su consagración partidaria.

Las influencias de las ideas filosóficas sobre los partidos políticos y de éstos sobre las ideas filosóficas pueden ser integradoras o desintegradoras. Así puede producirse la desintegración de un partido cristiano por el marxismo (o a la inversa). Hay partidos políticos más “monofilosóficos” (por ejemplo el Partido Comunista en su relación con el marxismo) y otros más “plurifilosóficos” (v. gr., en las referencias del Partido Justicialista a la Doctrina Social de la Iglesia, al hegelianismo, al sansimonismo, etc.). Los partidos “plurifilosóficos” —que frecuentemente manifiestan “movimientos” políticos— generan la problemática de la integración o por lo menos la coexistencia de las distintas filosofías que anidan en ellos (de aquí, por ejemplo, la tensión que suele producirse en el justicialismo) (3). Sin embargo, cabe destacar que cada partido político tiene un “lugar” en relación con todo el universo del pensar filosófico.

Al hilo de las filosofías con que se relacionan, los partidos políticos pueden tener sus “centros de gravedad” ideológicos en diferentes disciplinas filosóficas: por ejemplo, en

(3) Es posible v. ideas afines a esa integración en CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

el curso del abandono del relativo krausismo irigoyenista y el avance de la influencia de la filosofía analítica con el alfonsinismo, el radicalismo se ha desplazado cada vez más hacia actitudes antimetafísicas y antiontológicas. De cierto modo, los resultados de las elecciones argentinas de 1983 pueden comprenderse, v. gr., como una opción por posiciones antimetafísicas y antiontológicas, más gnoseológicas y lógicas, encabezadas por el alfonsinismo y, a su vez, como el rechazo de la ontología y la metafísica más presentes en el justicialismo. Dado que la ontología y la metafísica son vías más abiertas para la autoridad (que, como “poder” puede ser valiosa o “desvaliosa”), en ese momento de salida de un régimen autoritario rechazado y de una guerra perdida, el pueblo argentino escuchó el discurso más francamente antiontológico y antimetafísico del alfonsinismo.

4. Al hilo de la comprensión filosófica de los partidos políticos pueden reconocerse las posibilidades de “diálogo” entre ellos. Así, por ejemplo, por su inserción principalmente obrera en el aparato productivo el justicialismo adquiere ideas sansimonianas de promoción de la producción de bienes materiales que le permiten un diálogo relativamente fácil con el desarrollismo, y éste a su vez, al hilo del diálogo, adquiere una carga de “eticidad” de “Estado”, mayor respecto de la que antes tenía. Quizás tratando de aproximarse al clima filosófico predominante entre los partidos políticos argentinos, y, en general, en los países “desarrollados” de Occidente, el justicialismo se orienta al abandono de la fuerte “eticidad” estatal que lo caracterizaba y pronuncia un discurso “renovador”, más referido a la “sociedad civil”.

5. El planteo filosófico del complejo partidario puede continuarse con la comparación con las filosofías vigentes en la vida en general, permitiendo así reconocer el grado de “fidelidad” con que dicho complejo partidario expresa los ideales y la realidad de esa vida, requisito importante para la “participación” por vía partidaria y para la estabilidad de su sistema de gobierno. En caso de “infidelidad”, resulta altamente significativo reconocer cuáles son los factores que la producen. Por otra parte, a través de la acción de los partidos las ideas filosóficas pueden alcanzar más eficacia en la realidad de la vida política; aunque en definitiva toda idea, por el sólo hecho de nacer, adquiere una significación cósmica y política.

NOTAS PARA UNA COMPRENSION JUSFILOSOFICA DEL QUIJOTE

(EL QUIJOTE EN LA FILOSOFIA DEL DERECHO IBEROAMERICANA)

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. Como verdadera obra “clásica”, “Don Quijote de la Mancha” presenta una captación profunda de ciertas perspectivas de la vida y, en nuestro caso, resulta reflejo de numerosas y hondas cuestiones de la Filosofía del Derecho y de aspectos muy significativos de la idiosincrasia española e iberoamericana (1). Numerosas obras se han referido al ingenioso hidalgo y caballero, algunas de carácter filosófico, como la “Vida de don

(*) Investigador del CONICET. Bases de la comunicación enviada con motivo del Encuentro Iberoamericano de Juristas (Cuenca, 8 al 10 de octubre de 1987).

Homenaje del autor al quinto centenario del descubrimiento de América, que ya ha comenzado a celebrarse.

- 1) V. CERVANTES SAAVEDRA, Miguel de: “Don Quijote de la Mancha”, Bs. As., Centro Editor de América Latina, 1968; título básico: “El ingenioso Hidalgo de la Mancha”, según privilegio del Rey, c. por ej. ed. Anaconda, Bs. As., 1950; ed. W. M. Jackson, con estudio preliminar, edición y notas de Federico de Onís, Bs. As., 1948, etc. V. Asimismo, por ej. ICAZA, Francisco A. de, “El “Quijote” durante tres siglos”, Madrid, Renacimiento, 1918; HATZFIELD, Helmut, “El Quijote como obra de arte del lenguaje”, Madrid, Patronato del Centenario del Nacimiento de Cervantes, 1949; MONSERRAT, Santiago, “La conciencia burguesa en el Quijote”, U.N. de Córdoba, 1965; AS.VS., “Quijote, (El)”, en GONZALEZ PORTO-BOMPIANI, “Diccionario Literario”, t. VIII, 2a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, 1967-68, págs. 717 y ss.; VALBUENA PRAT, A., “Quijote de la Mancha (Don) y “Sancho Panza”, en Diccionario...” cit., 2a. ed., t. XI, págs. 785 y ss. y 840/841; el N° 93 de “Avant-Scène Opéra”, en especial el trabajo de E. Giuliani, págs. 89 y ss.; además v. PILOT, Liliana DRINKOVIC de, “Actualización de la bibliografía cervantina”, en “La Capital”, 6/IX/1987, pág. 34.

Acertó el genio de Cervantes en elegir el género de la novela que, por permitir una síntesis de todos los géneros poéticos, puede ser interpretada –y en nuestro caso lo ha sido– desde las más diversas perspectivas (épica, satírica, etc.). La novela –frecuentemente relacionada y tensa con la historia– significa un desarrollo especial de la imaginación, como el que interviene en “Don Quijote”.

España había sido un pueblo de batallas entre dos culturas de niveles semejantes y los libros de caballería –en tensa correspondencia con la vida feudal de otras regiones– no habían penetrado fácilmente porque su lugar estaba ocupado por obras más “realistas”, como las canciones de gesta. Sin embargo, una vez producido su ingreso en la cultura ibérica (quizás inicialmente por la región galaico-portuguesa) se habían afincado y –pese a numerosas críticas– no eran desalojados del gusto de los lectores, hasta que “Don Quijote” los “venció”, por lo menos a nivel de apariencia. América era un marco para la aventura, no para la caballería, quizás sobre todo por la disparidad de niveles de las culturas en contacto; sin embargo, el “quijotismo” es una vertiente largamente presente en la idiosincrasia española y una dimensión siempre presente en lo que conocemos de lo humano.

Quijote y Sancho" de Miguel de Unamuno (1905) (2), pero creemos que su permanente actualidad estriba precisamente en la posibilidad de reconocer siempre nuevas perspectivas, que en el presente caso centramos en el aspecto jusfilosófico.

Quizás el mensaje del Quijote alcance su más directa referencia jurídica en la liberación de los galeotes, con su posible búsqueda de una justicia más "humana" y "espontánea" que la legal, y en la confusión de las meretrices con doncellas, que puede comprenderse como una redención de la injusticia social, pero toda la obra puede recibir una comprensión jusfilosófica, centrada en un conflicto de búsqueda de la justicia arrogándose la relación de medio a fin en que debe integrarse con la utilidad (3). El episodio de los mercaderes apaleando a don Quijote, puede ser un símbolo del conflicto de valores evidenciado en el personaje protagónico. El complejo axiológico de la personalidad de don Quijote muestra, además, una integración de la justicia con el amor y una última instancia de referencia de la justicia a la belleza. Amor y belleza se refieren principalmente al personaje fabricado por él de Dulcinea del Toboso (4); más que de una mujer imaginaria con rasgos determinados, don Quijote está enamorado de la belleza y de la humanidad femenina.

La fuerte referencia al amor lleva al protagonista a afirmar que, pese a la igualdad de todos los atributos de Dios, más resplandece y campea el de la misericordia que el de la justicia (5) y el propio Sancho recuerda oportunamente las enseñanzas de su amo para que cuando la justicia estuviera en duda se acogiera a la misericordia (6). La relación con la **santidad** es relativamente tensa, porque si bien se destaca el temor a Dios (7), se afirma el carácter imprescindible del caballero andante en la lucha por hacer realidad lo que los religiosos en paz y sosiego piden al Cielo (8). También hay una difícil relación con la **verdad** y, mostrando una clara afinidad entre la limitada división del trabajo y una también limitada división del saber, don Quijote refleja en mucho la idiosincrasia iberoamericana señalando que la caballería andante encierra en sí todas o las más ciencias del mundo (9). Además, la justicia que pretende don Quijote se "invierte" contra los valores inferiores, principalmente el poder, la cooperación y el orden, de los que procura prescindir, por lo general sin tomar conciencia de su importancia.

Frente al plexo valorativo quijotesco, la personalidad de Sancho Panza corresponde

- 2) UNAMUNO, Miguel de, "Vida de don Quijote y Sancho", Madrid, Alianza Editorial, 1987; BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín, "Filosofía del Quijote", 2a. ed., México, España Calpe, 1968.
- 3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, págs. 16 y ss.
- 4) En relación con la edición del Centro Editor de América Latina, t. I, págs. 24, 195/196 y 320, t. II, págs. 209 y ss (respectivamente: Parte I. Caps, I, XXV y XXXVII, Parte II, Cap. XXXII).
- 5) Id., t. II, pág. 265 (P. II, Cap. XLII).
- 6) Id., pág. 322 (P. II, Cap. LI)
- 7) Id., pág. 264 (P. II, Cap. XLII).
- 8) Id., t. I, págs. 87/88; v. también pág. 131 (resp. P. I, Caps. XIII y XVIII).
- 9) Id., t. II, pág. 114 (P. II, Cap. XVIII). Otro de los valores de la personalidad de don Quijote es la bondad.

a un hombre más lisa y llanamente “humano” y utilitario, sin los brillos, a veces deslumbrantes, que tienen los otros valores. Si en la personalidad de don Quijote es la belleza de la señora Dulcinea la fuente de legitimidad última, en la de Sancho se trata de la utilidad (10) y la lealtad (11).

Quizás por su radical e incluso extrañada búsqueda de la justicia y por su sentido del amor, don Quijote no sea un personaje especialmente atractivo para la cultura utilitaria y en profundidad individualista y materialista de nuestros días, en mucho de raíz anglosajona, pero es una expresión profunda del alma española e iberoamericana (12). Hay en la historia épocas que centran su atención en los fines y otras que se refieren más a los medios; don Quijote no acierta en los medios y por esto no resulta muy afín al espíritu de nuestro tiempo, que les asigna especial importancia.

Don Quijote no acierta a integrar las dimensiones del Derecho, sobre todo los despliegues sociológico y “dikelógico”, constituyéndose en un verdadero arquetipo del **unidimensionalismo dikelógico**; en tanto que Sancho Panza tampoco tiene una fórmula integradora de las dimensiones jurídicas, pero en él hay principalmente una desviación unidimensionalista sociológica (13). Este problema de la integración de las tres dimensiones del Derecho (14) es tema central de la obra, y quizás no sea por azar que luego de varios siglos sea la cultura iberoamericana marco de especial desarrollo del tridimensionalismo en general y, sobre todo, de la teoría trialista del mundo jurídico que es, a nuestro parecer, el más exitoso esfuerzo teórico para resolverlo (15). El unidimensionalismo dikelógico de don Quijote corresponde a una “intoxicación” literaria que desconoce la realidad y, en el marco jurídico, suele limitarse en cambio a la consideración de las normas; intoxicación que es frecuente en la vida iberoamericana. Lo que en don Quijote es desviación de la realidad por los contenidos de la literatura, en los hombres de Derecho suele ser desviación por la vertiente literaria más formal.

De los tres despliegues propios de todo valor, o sea de la valencia, la valoración y la orientación, don Quijote muestra la proyección del alma iberoamericana frecuentemente encandilada por la valencia y los criterios generales orientadores, pero bloqueada respecto de las valoraciones de las realidades diversas de la vida. La locura de don Quijote consiste, en cierto sentido, en su pérdida del “sentido” de la realidad, evidenciada de manera descolgante en su insistente referencia a los encantamientos (16) y, en otra proyección, en procurar la justicia plena, en su inabarcable “pantomomía” (pan = todo;

- 10) “...el mejor cimiento del mundo es el dinero” (“Don Quijote...”, Centro Editor, t. II, pág. 127) (P. II, Cap. XX).
- 11) Id., pág. 216 (P. II, Cap. XXXIII).
- 12) Así lo destacó, por ejemplo, Milá y Fontanals (v. AS. VS., artículo en “Diccionario...” cit.)
- 13) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976.
- 14) Id., también v. “Don Quijote...” cit. t. II, pág. 113 (P. II, Cap. XVIII).
- 15) V. GOLDSCHMIDT, op. cit.
- 16) V. por ej. “Don Quijote...” cit., t. I, págs. 53, 57, 60, 86, 90, etc. (P. I, Caps. VII, VIII, XIII, etc.)

nomos= ley que gobierna) (17). La vocación quijotesca al **desfraccionamiento** de la justicia se muestra, por ejemplo, en el deseo de conocer las causas de las condenas a los galeotes y en la consideración de los méritos de la virtud sobre los de la sangre; pero también hay enérgicos **fraccionamientos** como en la proyección al esposo de faltas de su esposa (18) y en el apego a la palabra empeñada (19), que llegan, por ejemplo, a puntos culminantes en la liberación de los galeotes (20) y en el apego al parecer respecto de la fama de la mujer (21). El significativo caso del **paso del puente y la verdad** es una muestra de comprensión cabal de los límites de la lógica para resolver los problemas del Derecho (22) y en general las dificultades humanas para descubrir la justicia se hacen notorias en la remisión de las soluciones al duelo (23).

La relación de don Quijote con Sancho Panza es una versión del conflicto entre el apego al pasado, al viejo estilo jurídico y vital que corresponde a la caballería andante (24) y la referencia al presente. La remisión de don Quijote a un mundo que ya ha desaparecido lo lleva a criticar con fuertes trazos el presente (25), y muchas veces las propuestas para superar las dificultades del presente iberoamericano son encaminadas a un quizás imposible retorno al pasado.

La tensión entre las clases de justicia con o sin “acepción” (consideración) de personas resulta presente en el decir de don Quijote cuando señala que los primeros premios de las justas literarias suelen adjudicarse por el favor o la gran calidad de las personas, y los restantes por la mera justicia (26). La calidad de las personas está presente, también, en la distinción entre quienes pueden agraviar y quienes pueden afrentar (27), pero la duquesa destaca que “nadie nace enseñado, y de los hombres se hacen los obispos, que no de las piedras” (28). Una de las expresiones más felices de los sabios consejos de don Quijote a Sancho Panza antes que éste fuese a gobernar la “ínsula”, dice: “Hallen en ti más comprensión las lágrimas del pobre, pero no más justicia, que las informaciones del rico... Si acaso doblas la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia”. (29). La búsqueda de la libertad a través de la justicia espontánea (sin contraprestación) está también presente en el hablar de don Quijote: “...las obligaciones de las recompensas de los beneficios y mercedes recibidas son ataduras que no

17) V. íd., t. I, pág. 23 (P. I, Cap. I)

18) Id., pág. 276 (P. I, Cap. XXXIII).

19) Id., pág. 255 (P. I, Cap. XXXI).

20) V. íd. págs. 160 y ss (v. también pág. 244) (resp. P.I., Caps. XXII y XXX)

21) Id., t. II, pág. 140 (P. II, Cap. XXII).

22) Id., págs. 320 y ss. (P. II, Cap. LI).

23) Id., pag. 352; no obstante hay un rechazo del azar, t. II, pág. 416 (P. II, resp., Caps. LVI y LXVI).

24) V. t. I, pág. 139, t. II, pág. 13 (resp. P. I, Cap. XX y P. II, Cap. I).

25) Id., t. II, pág. 14; acerca del carácter “redondo” del tiempo, v. t. II, pág. 333 (P. II resp., Caps. I y LXIII).

26) Id., pág. 113; v. también pág. 202 (P. II, resp. Caps. XVIII y XXXI).

27) Id., pág. 205 (P. II, Cap. XXXII).

28) Id., pág. 218 (P. II, Cap. XXXIII).

29) Id., pág. 265 (P. II, Cap. XLII).

dejan campear el ánimo libre” (30); sin embargo, hay además una alta noción de la justicia comutativa, a través del agradecimiento (31).

La relación de don Quijote con el valor se produce en un marco de sinceridad (32) y de jerarquización de la virtud (33) que sirve de sustento a la **aristocracia**. La propia concepción de la vida del protagonista, basada en el honor y el amor, significa una aristocracia que, sin embargo, está referida en última instancia a la **igualdad** de los seres humanos (34). Frente a la concepción a veces abstracta de la igualdad que sostiene don Quijote (35), Sancho evidencia una comprensión personalizada de las potencias e impotencias, que se relaciona con la igualdad en concreto (36), aunque su visión utilitaria lo lleva también a proyectar la venta de sus vasallos (37).

Hay en la obra una exageración de la idea de honra en la mujer (38), pero en cambio se muestran la voluntad de servir a los extranjeros (39) y cierta discrepancia respetuosa con las medidas adoptadas contra las minorías (40). Las cualidades que don Quijote considera más meritorias son la prudencia, el valor, la valentía, el sufrimiento, la firmeza, el amor (41), la generosidad y el comedimiento (42), pudiendo reconocerse en síntesis una relativa abstinencia vital que se destaca del apego de Sancho al disfrute de la vida (43).

El régimen que desea don Quijote es humanista **paternalista**, con especial satisfacción de la exigencia de **comunidad**, que lleva a la crítica de la diferenciación “tuyo” y “mío” (44). Don Quijote asume plenamente que el caballero andante debe proteger al débil contra el fuerte, y dice, por ejemplo: “mi oficio no es otro sino valer a los que poco pueden y vengar a los que reciben tuertos y castigar alevosías” (45). Hay, también, cierta idea de protección del gobernado contra el gobernante, en el rechazo de la fuerza empleada contra los galeotes (46).

30) Id., pág. 359 (P. II, Cap. LVIII).

31) Id., pág. 366 (P. II, Cap. LVIII).

32) Id., t. I, págs. 140/141 (P. I, Cap. XX).

33) Id., pág. 309 (P. I, Cap. XXXVI).

34) V. íd., págs. 75 y 227, t. II, págs. 41, 52 y 73 c. también el discurso de Teresa Panza, t. II, pág. 35 (resp. P. I, Caps. XI y XXVIII y P. II, Caps. VI, VIII, XII y V).

35) V. no obstante íd., t. II, pág. 52 (P. II, Cap. VIII).

36) Id., t. I, pág. 75 (P. I, Cap. XI).

37) Id., pág. 240 (P. I, Cap. XXIX)

38) Id., págs. 271 y ss. (P. I, Cap. XXXIII).

39) Id., pág. 319 (P. I, Cap. XXXVII).

40) Aunque la obra refleja cierta oculta simpatía por los árabes, también se muestra una condena reverencial con la autoridad, genérica y como tal infundada, de esa minoría (v. “Don Quijote... ‘cit., t. II, pág. 22, P. II, Cap. III).

41) Id., t. I, pág. 188 (P. I, Cap. XXV)

42) Id., pág. 420 (P. I, Cap. L).

43) Id., t. II, págs. 87 y 456 (P. II, Caps. XIV y LXXIV)

44) Id., t. I, págs. 75 y ss. (P. I, Cap. XI).

45) Id., págs. 120 y 136 (P. I, Caps. XVII y XIX)

46) Id., págs. 160 y ss. (P. I, Cap. XXII).

2. La preferencia que corresponde a la autonomía sobre la autoridad se muestra en la voluntad de prudencia de don Quijote para que lo que se puede hacer por bien no se haga por mal (47). En don Quijote hay un firme deseo de “exorcizar” el poder mediante el ejercicio de las armas para favorecer a los necesitados (48). También se muestra el propósito de limitar las posibilidades de una guerra legítima, señalando que la ley católica es de hacer el bien a los enemigos y amar a quienes nos aborrecen (49). Las causas justas para la guerra resultan así, sobre todo: la defensa de la fe católica; la defensa de la vida, que es de ley natural y divina; la defensa de la honra, de la familia y hacienda; el servicio del rey (en guerra justa) y podría agregarse la defensa de la patria, que puede contarse en la defensa de la vida (50).

La defensa que don Quijote hace del derecho de los padres de decidir el matrimonio de sus hijos (51) y su decir cuando afirma que después de los padres se ha de respetar a los amos, como si lo fueran (52), revelan una concepción organicista de la sociedad (53). La solidaridad humana está presente en la condena a quienes dan libertad a sus negros cuando ya son viejos y no pueden servir, de modo que echándolos de sus casas con título de libres los hacen esclavos del hambre (54). Asimismo, hay cierto reconocimiento de los límites necesarios surgidos de las desigualdades sociales (55) y una idea de inferioridad y debilidad de la mujer (56). También se manifiesta cierta movilidad social, cuando el protagonista señala dos maneras de linajes en el mundo, unos en ascenso y otros en descenso (57).

Evidenciando un estilo de vida “militar” antes que intelectual, el protagonista hace un elogio del espíritu de las armas, prefiriéndolo al de las letras (58). Uno de los problemas básicos de la vida jurídica iberoamericana (59) es la dificultad especial para la constitución de un Estado al estilo moderno y contemporáneo, y en gran parte esto se debe

47) Id., pág. 166 (P. I., Cap. XXII).

48) V. id., t. II, pág. 179 (P. I., Cap. XXII y P. II, Cap. XXVII)

49) Id. pág. 180 (P. II, Cap. XXVII)

50) Id.

51) Id., pág. 121 (P. II, Cap. XIX)

52) Id., t. I, pág. 150 (P. I, Cap. XX).

53) Id., además por ej. págs. 238, 313 y 427; v. no obstante t. II, pág. 100 (resp. P. I, Caps. XX, XXIX, XXXVI y LI y P. II, Cap. XVI).

54) Id., pág. 160 (P. II, Cap. XXIV).

55) Id., t. I, pág. 229 (P.I., Cap. XXVIII).

56) Id., t. I, págs. 269 y ss., 289 y también las ideas de Teresa Panza en t. II, pág. 37; asimismo c. pág. 122 (resp. P.I, Caps. XXVIII, XXXIII y XXXIV, P. II, Caps. V y XIX).

La confusión del valor, en que los hombres no valemos sólo por el número, con la realidad, lleva a Don Quijote a desconocer la medida de sus posibilidades llegando a creer que él vale por cierto (“Don Quijote...” cit., t. I, pág. 104, también t. II, pág. 10, P.I, Cap. XV y P. II, Cap. I).

57) Id., t. I, pág. 157 (P. I, Cap. XXI).

58) Id., págs. 321 y ss. (P. I, Cap. XXXVII).

59) Sobre todo hispanoamericana. Por lo menos en cuanto a integridad territorial, el éxito de la cultura brasileña ha sido notoriamente superior.

a la continuación de la actividad “preestatal” que representa la caballería andante. Si “Fuenteovejuna” y “El Alcalde de Zamalea” figuran entre las expresiones literarias más importantes de la formación del Estado moderno, también “Don Quijote” es una manifestación, en este caso satírica, de las dificultades de ese proceso en relación con la idiosincrasia española (60). Don Quijote, que llega a preguntar a Sancho dónde ha visto o leído que un caballero andante haya sido puesto ante la justicia por más homicidios que hubiese cometido (61), representa, en carne viva, la problemática jurídica profunda de la organización iberoamericana.

Más allá de las líneas de la fría razón que imperan en los estudios logicistas y semióticos que tanto se han difundido en nuestro tiempo, don Quijote se precipita en el caos de la naturaleza (Schlegel) a través de la sabiduría popular expresada, aunque en niveles diversos, por él y su escudero; de modo que la obra es aún combativa para preservar la plenitud del saber y de la cultura. Un hombre víctima de la locura y otro que ha de llegar a serlo son trágicas expresiones, a través de la oposición entre la finalidad subjetiva y la finalidad objetiva de los acontecimientos, de los tropiezos que —especialmente a partir de ese tiempo— tendría la cultura popular, sobre todo en países como los iberoamericanos (62).

3. “Don Quijote” es expresión del sentido **antropocéntrico** que adquiere la cultura a partir de la Edad Moderna. Sin embargo, el apego del protagonista a la **formalidad** de ser armado caballero andante (63) es una muestra de la formalidad con que suele expresarse el pensamiento español e iberoamericano. La búsqueda de la **gloria** en la posteridad es otro dato que contribuye a colocar a don Quijote y al hombre iberoamericano en un nivel “suspendido” entre la tierra y el cielo (64). La fe en la palabra y los juramentos evidencia una sólida interrelación cultural entre los hombres, que con el tiempo se iría debilitando (65).

Locura y cordura son componentes quizás inevitables de toda personalidad humana y Cervantes propone una comprensión desde la locura quijotesca de las grandezas y limitaciones del espíritu español (66). La actitud de don Quijote corresponde de cierto modo al apego medieval a la alquimia, que margina la realidad, y lo aproxima al mundo mágico de la poesía (67). Como suele ocurrir en el hombre iberoamericano, don Quijote es un buscador de **infinitos** que no puede tomar contacto con la realidad; por esto la

60) “Don Quijote...” cit., t. II, pág. 115 (P. II, Cap. XVIII).

61) Id., t. I, pág. 70 (P. I, Cap. X).

62) Id., págs. 244 y 258/259 (P. I, Caps. XXIX y XXXI).

63) Id., págs. 30 y ss. (P. I, Cap. III).

Sin embargo, cabe recordar su comprensión de los inconvenientes del exceso de legislación (“Don Quijote...” cit., t. II, pág. 323 - P. II, Cap. LI).

64) Id., t. I, págs. 26 y 74 (P. I, Caps. II y XI)

65) Id., págs. 37 y 40 (P. I, Cap. IV)

66) V. íd., pág. 315 (P. I, Cap. XXXVII).

67) V. íd., t. II, pág. 100 (P. I, Cap. XXXVII y P. II, Cap. XVI)

cultura iberoamericana produciría más literatos que filósofos y científicos y, en el marco jurídico, más idealistas que estadistas cabales. Todavía la cultura, el Derecho y la Política iberoamericanos están esperando la difícil síntesis entre don Quijote y Sancho Panza.

Frente al mundo inventado por don Quijote, que en definitiva corresponde al **idealismo genético**, Sancho reconoce, con criterio más realista, que se trata de una mezcla de maldad y bondad (68); sin embargo, una posición ampliamente realista genética debería considerar la posibilidad de que el universo sea sobre todo una “combinación” de los estilos del protagonista y su escudero, en vias, tal vez, de la realización del mundo mejor que pretende don Quijote. El llamado de atención de Cervantes está siempre presente para guiar en este sentido.

Con profunda sabiduría, Cervantes muestra a la vez la aventura y la crítica de la aventura; el valor y el “desvalor”. Pese al excesivo apego a los medios de las culturas de ciertos países “desarrollados” y a la superficialidad que se pretende imponer a nuestra cultura iberoamericana, quizás con beneficios circunstanciales en algunos aspectos de la vida, creemos que el porvenir estará siempre en la grandeza de algún modo quijotesca del ser humano. Alguna vez el genio de Unamuno nos habló del sepulcro de don Quijote, y nos invitó a ir al sepulcro del Caballero de la Locura y a deshacernos en lágrimas, consumirnos en fiebre, morir de sed de océanos, de hambre de universos, de morriña de eternidad (69).

Unamuno nos dice que hay una “filosofía española” que es la de don Quijote, la de Dulcinea, la de **no morir**; la de creer, la de creer la **verdad** (70). Como él pidió, hay que abandonar la pereza espiritual del “juego de ajedrez” y la cobardía para afrontar los eternos problemas (71). Si don Quijote volviera al mundo sería pastor, o lo será cuando vuelve; pastor de pueblos, de los pueblos iberoamericanos... (72).

68) Id., t. II, pág. 67 (P. II, Cap. XI).

La tensión entre las líneas del pensamiento cristiano agustiniana y tomista se muestra de cierto modo en el conjunto de los enfoques diferentes de don Quijote y Sancho, pero está en especial presente en el decir de Sancho “¿qué grandeza es mandar en un grano de mostaza...?”, prefiriendo gobernar media legua del cielo y no la mayor ínsula del mundo (“Don Quijote...”, cit., t. II, pág. 262 - P. II, Cap. XLII), y en la afirmación del duque que con las riquezas de la tierra se pueden granjear las del cielo (id.).

69) UNAMUNO, “El sepulcro de Don Quijote”, en op. cit., t. 16.

70) Id., “Vida...” cit., págs. 256/257.

71) Id., pág. 259.

72) V. id.

EL DERECHO DE MORIR EN DIGNIDAD: UN DERECHO PERSONALISMO(*)

*Noemí Lidia NICOLAU(**)*

1. El tema motivo de estas reflexiones se inscribe en un marco mayor: los derechos de la persona ante la vida y la muerte. Esta problemática, que debe ser abordada interdisciplinariamente, es de notable actualidad para todas las ciencias y también para el derecho, pues el desarrollo científico-tecnológico obliga a replantear las respuestas jurídicas.

Es posible meditar acerca de los derechos de la persona en la génesis de la vida, plantear los problemas de la inseminación artificial, la fecundación in vitro, la manipulación genética, etc., pero también urge la reflexión jurídica respecto al enigma más profundo de la condición humana, al ocaso misterioso de la vida. Los problemas jurídicos de la nueva genética, si bien son apasionantes, interesan aún a un número reducido de personas, en especial en nuestro país, pues la investigación en ese campo se encuentra en vías de desarrollo. Por el contrario los problemas de la eutanasia, constituyen los grandes debates que, casi cotidianamente se libran en el secreto de las conciencias, aun cuando el hombre de nuestro tiempo pretenda hundirse en la "a-mortalidad", ignorando la muerte (1).

2. Desde hace siglos la eutanasia ha preocupado al hombre, sin embargo en la actualidad la cuestión ha cobrado inusitada importancia (2) por cuanto el avance tecnológico

(*) Este trabajo ha sido realizado en base a la charla pronunciada por la autora el día 27 de junio de 1987 en Rosario, para el grupo "Diálogos" y constituye uno de los aspectos introductorios al estudio del negocio jurídico extrapatrimonial que la misma se encuentra elaborando.

(**) Investigadora del Consejo de Investigaciones de la UNR.

(1) CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La ignorancia de la muerte", en Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política, FIJ, Rosario, 1982, t.I, pág. 266; BALIÑA, Luis M., "Aspectos éticos vinculados con la muerte", en Ética en Medicina (Actas del simposio realizado por la Fundación Alberto Roemmers), Fund. A. Roemmers, Bs. As., 1982, pág. 175.

(2) No sólo para la ciencia, sino también para el conjunto de la sociedad. Ello se manifiesta en la aparición constante del tema en la prensa mundial y en las expresiones del arte contemporáneo como la literatura, el cine y la televisión. Por ejemplo, la obra del inglés Brian Clark, llevada al cine y también al teatro en París durante 1979 y en Barcelona en el corriente año (p.v. Diario La Capital edición del día 26 de junio de 1987).

crea diferentes problemas (3). En 1954, con motivo de la epidemia de poliomielitis en Dinamarca, surgen las técnicas de reanimación, y es a partir de dicho descubrimiento cuando comienzan a vislumbrarse nuevas posibilidades respecto de la vida (4). En décadas anteriores, gran cantidad de enfermedades no tenían tratamiento quirúrgico o terapéutico y de manera muy rápida el enfermo llegaba a la fase terminal, sobreviniendo la muerte naturalmente. El médico era la comadrona de la muerte, hoy, en cambio, es el campeón indiscriminado de la vida. En el pasado los médicos tenían un poder al servicio de la vida, en la actualidad poseen poder sobre la vida.

Esos progresos científico-técnicos permiten con demasiada facilidad que pueda atribuirse la muerte de una persona a mala práctica médica, por no haber aplicado el tratamiento posible. Como efecto contrario, esto genera lo que se ha denominado encarnizamiento terapéutico, violencia terapéutica o DISTANASIA (5), pues los médicos para evitar el reproche de mala práctica, insisten en prolongar vidas o agonías a través de medios mecánicos o medicamentos.

3. Desde el punto de vista etimológico, eutanasia significa: eu= bueno, thanatos= muerte, es decir, "buena muerte".

Conceptualmente, en sentido restringido, decimos que eutanasia, es el hecho humano voluntario, por el que una persona permite que un enfermo terminal, alcance una muerte tranquila y sin dolor, previo consentimiento del paciente o de las personas legítimas para suplirlo, con el fin de liberarlo de padecimientos intolerables.

Se requiere, pues: a) enfermo terminal: es el que se encuentra en una etapa en que los cuidados terapéuticos devienen inútiles para asegurar una cura eventual o un control

- (3) El problema se agudiza porque la modificación de la cultura influye en el modo de considerar la muerte y el sufrimiento. Nuestra sociedad no tiene clara la cuestión de la muerte y a ello se aúnan los progresos científicos especialmente en dos áreas de la medicina, las que han obligado a repensarla, redefinirla, ellas son: la creciente habilidad para resucitar pacientes muertos y mantener pacientes con sofisticada tecnología y la habilidad para transplantar órganos. Al respecto, p.v. HORAN, Dennis J., "Euthanasia and Brain Death: Ethical and Legal considerations", en *Annals of the New York Academy of Sciences*, Volume 315, New York, 1978, pág. 363.
- (4) Este avance replantea el tema que ya había comenzado a inquietar a las sociedades contemporáneas desarrolladas. Cabe recordar que, en 1952, varios miles de personas solicitaron, sin éxito, a la Asamblea General de Las Naciones Unidas que introdujera en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, el derecho a la muerte, y que con anterioridad en 1930, un grupo reducido había creado en Inglaterra la English Euthanasia Society, entidad que venía trabajando por la legalización de la eutanasia.
- (5) Respecto del empleo de este término y el de ortotanasia, en la literatura jurídica argentina, ver BERGOGLIO de BROUWER de KONING, María Teresa y BERTOLDI de FOURCADE, María Virginia, "La eutanasia, distanasia y ortotanasia. Nuevos enfoques de una antigua cuestión". en ED., entrega diaria del 21 de noviembre de 1985.

eficaz (6). Deben extremarse las investigaciones médicas para poder precisar cuándo un paciente se encuentra en fase terminal, diferenciándolo de aquéllos que todavía tienen alguna "chance" de eventual curación; b) consentimiento del paciente o de quienes estén legitimados para suplirlo; c) que la finalidad perseguida por el agente, sea evitar al paciente sus cruentos dolores.

En un sentido más amplio, alguna parte de la doctrina, admite que eutanasia comprende también la muerte tranquila que se aplica con fines eugenésicos, a las "personas carentes de valor vital", entendiendo por tales a aquéllas que por enfermedad, accidente u otras circunstancias han perdido irreversiblemente la posibilidad de una vida plena o consciente (dementes, deformes, etc.). Quienes así opinan comprenden dentro del concepto de eutanasia, la extermación de débiles mentales ordenada por Hitler en 1939, o la muerte de la niña deforme por la talidomida, solicitada en Lieja por su propia madre, o la muerte que suele inferirse a los infantes que padecen malformaciones congénitas. En estos casos no cabe hablar de eutanasia, sino de eugenésia, pues la finalidad perseguida no es acordar al paciente 'una buena muerte'.

4. La eutanasia puede clasificarse con diversos criterios, de tal modo que algunos autores distinguen eutanasia natural y artificial. Jiménez de Asúa (7) entiende que sólo existen tres clases de eutanasia: liberadora, eliminadora y económica. Otros autores, teniendo en cuenta la motivación del autor del hecho, refieren a la eutanasia eugénica (eliminación indolora de individuos deformes o débiles mentales con el fin de mejorar la raza); económica (eliminación de sujetos que constituyen una carga para la sociedad por ser inválidos); criminal (eliminación de individuos considerados socialmente peligrosos); experimental (se sacrifica el valor de la vida humana en favor de un presunto valor superior de la ciencia); solidarista (eutanasia practicada para salvaguardar la vida de otro hombre) (8).

(6) La Ley californiana de muerte natural de 1976, no habla de paciente terminal sino de paciente calificado, aquél que ha sido diagnosticado y certificado por dos médicos como afectado de una condición terminal y define ésta como una condición incurable creada por una herida, enfermedad o afección que va a producir de acuerdo a un razonable juzgamiento médico, la muerte sin tener en cuenta los "procedimientos de mantenimiento de vida" que se empleen en el paciente (CAPRON, Alexander Morgan, "The Development of Law on Human Death", en Annals of the N.Y. Academy, cit. pág. 55).

A su vez la ley australiana de muerte natural (The Natural Death Act. N°. 121 of 1983, citada en International Digest of Health Legislation, 1985, 36 (1) (pág. 69), define la enfermedad terminal como cualquier enfermedad, herida o degeneración de las facultades mentales o físicas tal que la muerte, de no ser tomadas medidas extraordinarias, sería inminente y de la cual no hay perspectiva razonable de una recuperación temporaria o permanente aunque se tomaran medidas extraordinarias.

(7) JIMENEZ DE ASUA, Luis, "Libertad de amar y derecho a morir", Depalma, Bs. As., 1984, 7a. edición, pág. 340.

(8) GALLIANI, I. "Implicazioni giuridiche e medico-legali dell'eutanasia", en Gior. Geront. 26 (7) 493-494.

La clasificación más significativa (9) es aquélla que distingue en: 1) eutanasia activa: entendiendo por tal, la muerte que se provoca por una acción al enfermo terminal. Puede ser directa (se suministra un medicamento que provoca la muerte) o indirecta (se suministra un medicamento que no tiene efecto inmediato para provocar la muerte, sino que la produce por vía colateral). 2) eutanasia pasiva: denominada también actualmente, orto-eutanasia (de orthos- regular, correcto; thanatos- muerte) u ortotanasia. La muerte se produce simplemente por una omisión, por no suministrar un tratamiento extraordinario o desproporcionado (10), por interrumpir el que se hubiera iniciado. Se permite al enfermo terminal que su vida acabe naturalmente, proporcionándole todo el apoyo personal y la medicación que reduzca el dolor físico y moral.

Es de vital importancia comprender la diferencia entre eutanasia activa y ortotanasia, entre el acto positivo de matar y aquel de permitir al paciente morir como resultado de su enfermedad.

5. Los problemas de la eutanasia, han sido abordados desde hace siglos por la filosofía. Ya Platón afirmaba que Esculapio era un buen político, pues a los individuos graves y crónicamente enfermos no trataba de prolongarles la vida (11). En el siglo XVI, Tomás Moro sostenía que a los enfermos incurables debía concedérseles la merced de la muerte.

Es además un tema íntimamente vinculado a la religión. Todas las religiones, pero en especial la hebrea y las cristianas, efectúan importantes reflexiones acerca de la eutanasia (12).

Pero, sobre todo, el problema interesa en especial a la medicina, son los profesionales de la salud quienes cotidianamente se encuentran frente a situaciones concretas que involucran la vida y la muerte.

(9) ZIMRING, Joseph G., "Euthanasia and the Right to Die", en *New York State Journal of Medicine*, july 1982, pág. 1261.

(10) La ley californiana fue criticada pues refería a "procedimientos de mantenimiento de vida", y a estos los definía como el uso médico de medios mecánicos o artificiales, sin explicar qué entendía por medios artificiales.

La ley australiana tiene en cuenta las "medidas extraordinarias", significando las medidas médicas o quirúrgicas que prolongan la vida o intentan prolongarla, suplantando o manteniendo el funcionamiento de las funciones del cuerpo humano, que están temporaria o permanentemente incapacitadas de funcionar independientemente. Acerca de la significación de ordinario y extraordinario o proporcionado y desproporcionado, p.v. Declaración sobre la eutanasia, de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, Edic. Paulinas, Bs. As., 1984, 2a. edic. pág. 10; Comission de réforme du droit du Canada, "Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie", Série Protection de la Vie, Ministre des Approvisionnements et Services, Canadá, 1979, pág. 113

(11) PLATON, "La República" 3: 407.

(12) Los documentos más importantes de la Iglesia Católica son: la Alocución pronunciada por SS. Pío XII el 24 de noviembre de 1957 en la que por primera vez se distingue entre medios ordinarios y extraordinarios; la Constitución Pastoral "Gaudium et spes" (1965) que expresa "Todo aquello que se opone a la vida misma... como la eutanasia... son verdaderos crímenes, al contaminar la civilización humana, deshonran más a aquéllos que los cometan que a las víctimas y radicalmente se oponen al honor del Creador" (2: 27) y la Declaración sobre la eutanasia, ya citada.

La ciencia jurídica se ha ocupado de la “buena muerte”, pero tradicionalmente lo ha hecho desde el Derecho Penal y en cierta medida desde el Derecho Constitucional, habiéndose subestimado la protección que desde el Derecho Civil puede acordarse a la persona.

6. Al enfocar el estudio de la eutanasia desde el punto de vista civil debe vincularse con los derechos personalísimos. Estos derechos son las facultades que corresponden al hombre en cuanto es persona y que no pueden desconocérse sin negar esa cualidad (13). Consideramos que son derechos subjetivos que tienden a garantizar a la persona el goce de las facultades del cuerpo y del espíritu (14).

Los derechos personalísimos comprenden, el derecho a la integridad física (derecho a vivir, derechos sobre el cuerpo, derecho a la salud, derecho a morir); derecho a la libertad (comprende el derecho de movimiento, de expresión, de realizar actos jurídicos, etc.) y derecho a la integridad espiritual (derecho al honor, a la imagen, a la intimidad).

El derecho de vivir integra el sector físico de los derechos de la personalidad, encontrándose en el mismo sector otro derecho, correlativo, el **derecho de morir en dignidad**. Es muy frecuente, sobre todo en EEUU, Inglaterra, Canadá, Australia, hablar del derecho a morir o derecho a la muerte. Creemos que no existe un derecho a la muerte, pues implicaría reconocer que la persona pueda quitarse la vida. Existe sí un derecho a morir en dignidad, lo cual supone que el paciente (o su representante) pueda elegir para la fase terminal, ser sometido a distanisia o ser asistido para llegar naturalmente a la muerte, sin violencia terapéutica.

Este **DERECHO DE MORIR EN DIGNIDAD**, derecho personalísimo y como tal innato, vitalicio, necesario, absoluto, será el principal objeto de nuestro estudio en el presente trabajo.

DIMENSION NORMOLOGICA

7. En el derecho positivo argentino no existe ninguna ley especial acerca de la eutanasia, nunca tampoco fue presentado ningún proyecto al Parlamento. Las normas del Código Penal referidas al homicidio son las que se aplican en los casos de eutanasia activa. Es posible también en la actualidad recurrir a ciertas disposiciones generales de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incorporada al derecho interno por ley 23054 (15).

Las referencias más cercanas al tema, si bien no suficientemente precisas, se en-

(13) PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil español, t. I. vol. 2 pág. 58.

(14) DABIN, Jean, “El derecho subjetivo”, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, traduc. Francisco Javier Osset, pág. 210 y ss.

(15) Art. 4 inc. 1o: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Art. 5 inc. 1a.: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, súquica y moral”.

cuéntan en algunas leyes nacionales y provinciales que regulan el ejercicio de las profesiones relacionadas con la salud. Así la ley 17132 en su art. 19 inc. 3ro. dispone que los profesionales deben respetar la voluntad del paciente en cuanto a la negativa a tratarse o internarse, salvo casos de inconsciencia, alienación mental, lesiones graves por causa de accidentes, tentativas de suicidios o de delitos. Un texto similar contienen las leyes provinciales de Río Negro, ley 548; de La Pampa, ley 504; y de La Rioja, ley 3330. La ley 2289 de Santiago del Estero (modificada actualmente por la ley 5205) contenía en su art. 35 una norma más precisa, pues disponía que en los casos crónicos o incurables el médico no debe abandonar al paciente.

Deben destacarse en la legislación provincial la ley 4931 de la Provincia de Santa Fe y la ley 6222 de Córdoba, pues ambas han tratado de modo expreso el tema de la eutanasia. La primera de ellas ha dedicado el Cap. XIII, estableciéndose en el art. 128 que: "en ningún caso el médico está autorizado para abbreviar la vida del enfermo, sino para aliviar su enfermedad, mediante los recursos terapéuticos del caso". El art. 54, por su parte, dispone que la cronicidad o incurabilidad no constituye un motivo para privar de asistencia al enfermo. A su vez, la ley cordobesa, prohíbe en el art. 7o. inc. e) colaborar o propiciar la eutanasia, aun con el consentimiento del paciente o sus familiares y en su art. 5o. inc. 6 impone a los profesionales de la salud respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción hasta la muerte, conservándola por medios ordinarios.

8. Como se observa, existe una verdadera carencia de normas. Respecto de la ortotanacia o de la distanacia esta falta de normas puede atribuirse a una novedad científica. En efecto, las leyes no han podido prever los problemas de la violencia terapéutica porque han surgido recientemente con los adelantos de la alta tecnología médica.

Creemos que nuestro ordenamiento normativo que silencia los problemas cotidianos y vitales derivados del tema que nos ocupa, es fiel porque ese silencio describe con acierto la voluntad colectiva respecto al orden de repartos deseado (16), pues se verá en la dimensión sociológica que es altamente significativo cómo nuestra sociedad en general, no explícita, no discute, no se plantea esta problemática.

Lo expuesto nos lleva a sostener que todavía en nuestro país, no parece conveniente legislar acerca de la eutanasia, mientras no se tome conciencia del problema pues sólo se dictaría una ley de mera propaganda, destinada a los anales de la legislación. Cuando ese tiempo haya llegado, la ley no deberá legalizar la eutanasia activa, su finalidad ha de ser regular los diferentes aspectos de la ortotanacia y evitar la distanacia.

9. Respecto del derecho comparado puede verse la amplia información que propor-

(16) GOLDSCHMIDT, Werner, Introducción filosófica al Derecho, Depalma, Bs. As. 1980, 6a. edic. pág. 324.

ción Jiménez de Asúa (17).

En la última década se ha observado un movimiento legiferante en relación a la eutanasia, especialmente en Europa, América del Norte y Australia. En Europa acaba de sancionarse la Guía de ética médica de la Comunidad Económica Europea (18), redactada por especialistas de los doce países que integran el Mercado Común Europeo. En este documento se legaliza y regula la eutanasia pasiva. Gran Bretaña, por su parte, cuenta desde febrero de 1976 con una ley de pacientes incurables.

En Estados Unidos, la primera ley de muerte natural es la famosa y criticada ley californiana del 30 de setiembre de 1976 a la que luego siguieron las leyes de los Estados de Arkansas, Nuevo México y Carolina del Norte. En Canadá desde 1978 los organismos especializados en la reforma del derecho comenzaron a publicar sus documentos de trabajo (19), y en marzo de 1986 la Comission de réforme du droit, elevó al Ministro de Justicia y Procurador general del Canadá, su "Rapport sur quelques aspects du traitement médical et le droit pénal", en el que se aborda, entre otros temas, el rol del consentimiento, la protección del incapaz, la cesación del tratamiento, la eutanasia activa.

En Australia, después de largos debates públicos y en revistas especializadas (20), se sancionó la ley No. 121 de fecha 22 de diciembre de 1983 acerca de la muerte natural.

DIMENSION SOCIOLOGICA

10. Observando la realidad social puede afirmarse que siempre que la muerte llega a una persona se manifiesta, en principio, como una impotencia: el hombre está sometido a perder su vida corporal, a separarse de los otros seres creados (21). Esa impotencia puede provenir: de un reparto (adjudicación promovida por el hombre) o de distribuciones.

Generalmente el fin de la vida humana proviene de **distribuciones de la propia naturaleza**, es la muerte natural por enfermedad, vejez; pero también puede suceder por **distribuciones del azar**, cuando se produce como consecuencia de accidente, catástrofe. Desde una perspectiva religiosa podrá afirmarse que es Dios en definitiva quien adjudica a la persona la impotencia de verse privada de su vida. A nuestro estudio interesa, de ma-

(17) JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. pág. 366 y ss.

(18) P.v. Diario "La Capital", edición 18 abril de 1987.

(19) Comission de réforme du droit du Canada, "Le caractère sacré...", cit. y "Euthanasie, aide au suicide et interruption du traitement", doc. de trabajo 28, 1982.

(20) p.v. The Medical Journal of Australia, vol. 1-1977, january 29 p. 156; january 22 pág. 118; march 12, pág. 384; march 19, pág. 421; may 14, pág. 756; july 9, pág. 70; july 23, pág. 138; august 27, pág. 305. Se trata de una larga controversia entre médicos, pacientes, miembros de sociedades defensoras de la eutanasia efectuada por correspondencia publicada por la Revista.

(21) Que se considere o no la muerte como impotencia depende en gran medida, del puesto que se adjudique al hombre en el cosmos, como diría SCHELER. Pero cualquiera sea el "puesto adjudicado", creemos que supone siempre una separación traumática, aun cuando para muchos no constituya más que un modo de pasar de una forma de vida a otra.

nera especial, el **reparto**, el acto por el cual es el hombre quien se adjudica o adjudica a otro hombre la impotencia de la muerte. Se trata del acto eutanásico, ortotanásico o distanásico.

En la sociedad contemporánea se observa una notable disconformidad respecto de las distribuciones consideradas calamitosas, como la muerte. El hombre actual se resiste a someterse a las leyes de la naturaleza (22) y lucha integralmente contra ellas, en especial contra la muerte. Es por ello que trata de adjudicar vida o muerte por repartos, pretendiendo modificar las distribuciones.

11. Al analizar las características de ese reparto, el primer interrogante que se plantea es conocer quién puede ser **repartidor**. Quien distribuye impotencia puede ser el mismo enfermo, sus representantes, sus parientes, terceros extraños, el gobernante, el médico o el equipo de salud.

En cuanto a la persona que recibe la impotencia de la muerte, es decir, el **reципiendario gravado**, en principio y desde un punto de vista general, debe tratarse de un enfermo terminal. Al respecto, conviene efectuar ciertas consideraciones, teniendo en cuenta sus diversas categorías. Los enfermos terminales, pueden ser:

a) recién nacidos con malformaciones o ancianos. En estos dos supuestos, frecuentemente, pretextando efectuar eutanasia u ortotanasia, se llega a la eugenésia, pues se trata de pacientes con alto riesgo clínico y muy bajo riesgo legal (23).

En algunos países existe una marcada tendencia a negar cirugía, con el fin de acelerar la muerte de los recién nacidos, que padecen el Síndrome de Down cuando presentan complicaciones graves, por ejemplo, atresia del tubo digestivo, espina bífida acompañada de mielomeningocele, o se trata de infantes anencefálicos (24).

b) pacientes terminales inconscientes: habrá entonces que considerar dos situaciones: que haya sido persona capaz o incapaz. En el primer caso, habrá que verificar si ha dejado o no instrucciones respecto de la fase terminal de su vida, y decidir si se acerca o no a dichas órdenes.

c) pacientes terminales pero conscientes: habrá que distinguir también si se trata de persona capaz o incapaz de manifestar su voluntad.

No siempre el enfermo terminal es el **reципiendario gravado**, puede ser, en ocasiones un **reципiendario beneficiado**, por ejemplo, en la ortotanasia, pues se lo beneficia al adjudicarsé una buena muerte, quizá la vida resulte más breve, pero de una mejor calidad.

(22) GOLDSCHMIDT, Werner, "Justicia y verdad", FEDYE, Bs. As., 1978, pág. 498.

(23) NANO, M., STRUMIA, E., PINO, G., "Chirurgia geriatrica ed eutanasia: un invito alla discussione con i Colleghi", en Giorn. Geront. XXVII, 433, 1979, 433, estos autores refieren especialmente al anciano con alto riesgo clínico y bajo riesgo legal.

(24) Este problema llevó al Departamento de Salud y Servicios Humanos de los EE.UU., a informar a los hospitales que podrían perder los aportes federales si no se dieran sustancias alimenticias o tratamiento quirúrgico o médico requeridos para corregir una condición que amenace la vida de un infante discapacitado. El "act" de protección a los infantes discapacitados No. 6492/82, incluiría estos casos dentro del abuso de menores y abandono. Al respecto p.v. FOST, Norman M.D., "Passive Euthanasia of Patients With Down's Syndrome", en Arch. Intern. Med., Vol. 142 dec. 1982, pág. 2295

dad. ¿Cuál es el beneficio que recibe? Al permitir que la enfermedad terminal continúe su curso regular, sin traumáticos tratamientos, generalmente origen de graves efectos colaterales, acordando al enfermo sólo aquellos cuidados que le permitan mantenerse con la mayor plenitud de vida, se le acuerda un final mejor, con mayor integridad física. En esta etapa crucial, para que el enfermo sea un verdadero recipiendario beneficiado debe otorgársele un afecto muy especial. Los médicos aconsejan, especialmente en países donde está desarrollada la tecnología médica de avanzada, que dichos enfermos permanezcan en el seno de sus familias y no en salas de terapia (25). Estudios efectuados con sobrevivientes, con experiencias muy cercanas a la muerte (26), demuestran que en los últimos momentos de vida se produce una notable lucidez en el enfermo, por lo que se aconseja no sólo aliviar los dolores físicos, sino también el grave dolor que produce el sentimiento de soledad ante la muerte.

En la distanásia, parecería a primera vista, que el recipiendario beneficiado es el paciente, pues se le adjudica mayor cantidad de vida, sin embargo, en innumerables casos no es más que un recipiendario gravado, pues si bien se prolonga su vida, ello se obtiene a expensas de un encarnizamiento terapéutico que, en definitiva, no es más que un perjuicio (27). Por otra parte, debe advertirse, que es posible que existan otros recipiendarios beneficiados de la distanásia, que no aparezcan sino por un examen atento de las circunstancias. Piénsese, por ejemplo, cuando se encuentra en fase terminal un Jefe de Estado y se lo somete a encarnizamiento terapéutico hasta tanto se resuelvan las cuestiones relativas a su sucesión. Aun dentro del orden familiar y en el derecho matrimonial, pueden encontrarse recipiendarios beneficiados con actos de distanásia, por ejemplo en los casos de matrimonio in extremis (art. 3573 CC.) o en la celebración de contrato oneroso de renta vitalicia si el cabeza de renta padece enfermedad (art. 2078 CC.) (28).

(25) ZIMRING, Joseph, op. cit. pág. 1261. Este autor sostiene que el ambiente natural para la eutanasia pasiva es el hogar y luego califica como valedero el establecimiento de los "hospice" para pacientes terminales, experiencia nueva, que trata de atender especialmente el problema del morir. En Inglaterra hay ya más de 70 instituciones de esta índole y cincuenta en trance de instalarse, en España una sola, según informa MATEO, Ramón Martín, "Bioética y Derecho", Ariel, Barcelona, 1987, pág. 97. P.v. asimismo VERSPIEREN, Patrick, "Sur la pente de l'euthanasie", Etudes, Paris, vol. 360, Nº 1, janvier 1984, pág. 43-54. Entre nosotros se ha ocupado del tema MAGLIO, Francisco, "Muerte cerebral y tratamiento del paciente moribundo", en "Ética en Medicina", op. cit. pág. 192.

(26) TOYNBEE, Arnold, KOESTLER, Arthur y otros, "La vida después de la muerte", Sudamericana, Bs. As., 1978. La explicación de la etiología de los relatos de sobrevivientes con experiencia de momentos cercanos a la muerte estaría en el síndrome lobular límbico que algunos investigadores asocian ahora a un aumento de beta-endorfina y de A.C.T.H., según BALIÑA, Luis M., op. cit. pág. 178.

(27) ZIMRING, Joseph, op. cit. pág. 1262, llama a las máquinas de supervivencia "torturas del infierno".

(28) En ambos casos se requiere que una persona, estando enferma en el momento de la celebración del acto (matrimonio o contrato), sobreviva más allá de los treinta días posteriores a dicha celebración para que puedan ejercerse los derechos que nacen de dichos actos, por lo que puede explicarse el interés de algunos en mantener con vida al paciente enfermo.

En la eutanasia activa, en la que no cabe duda alguna que el principal beneficiario gravado es el enfermo terminal, puede acontecer que el acto eutanásico haya sido efectuado, perversamente, para constituir a ciertas personas en beneficiarios. Por ejemplo, si dos personas de una misma familia sufren un grave accidente, y encontrándose ambas en fase terminal, existe interés en algún miembro de la familia, en que una de ellas fallezca primero con el fin de que la otra lo herede y transmita luego su patrimonio al interesado.

12. En cuanto al **objeto del reparto**, lo que se adjudica es vida o muerte. La vida, en principio, parece siempre una potencia y la muerte una impotencia, pero no siempre ello es así: la vida sin calidad (29), en ocasiones, se torna una impotencia y la muerte, cuando llega a un paciente terminal, naturalmente, sin prolongación encarnizada de la vida, puede resultar una potencia, una liberación.

13. Los caminos para llegar al acto de eutanasia, ortotanasia o distanasia, pueden ser varios:

a) a través del **acuerdo entre el paciente y su médico** (cuando el enfermo es persona capaz y consciente) o entre los representantes o parientes del paciente y el médico. (30).

b) por una **orden del propio paciente**, una manifestación de voluntad de éste, cuando, siendo capaz y antes de encontrarse en fase terminal, previó el tratamiento que desearía para esa etapa de su vida. Estas manifestaciones de voluntad, generalmente formales, co-

(29) Acerca de la "calidad de vida" puede consultarse el detallado análisis del Documento de estudio de la Comisión de reforma del derecho de Canadá "Le caractère sacré de la vie . . .", citado.

(30) La nueva Guía Europea de ética médica, considera importante el acuerdo entre médico y paciente, reiteradamente refiere a la necesidad de contemplar la voluntad del paciente, el art. 4o. dice: "Salvo en casos de urgencia, el médico explicará al paciente los efectos y las consecuencias derivadas del tratamiento. Escuchará la opinión del paciente al respecto, sobre todo cuando el riesgo que se corre es alto". En cuanto a la eutanasia pasiva corre por exclusiva cuenta del enfermo. También lo recomienda CAPRON, Alexander Morgan, op. cit. pág. 57. Son muy elocuentes las palabras de la Dra. JEANNE HERSCHE pronunciadas en la Mesa Redonda sobre "Eutanasia", celebrada en Ginebra en 1975: "Si el enfermo puede hablar, tiene derecho a opinar; tiene el derecho de decir si aun desea ser cuidado o no. Si prefiere morir, aun persiste el problema para el médico. Pero si el enfermo desea ser cuidado, a pesar de todo, ese problema desaparece. Si un enfermo reivindica su derecho a vivir, aunque fuera al precio de sufrimientos, no corresponde al médico decidir que no debe sufrir" (Orientación Médica, Vol. XXIV, No. 1129, Bs. As., 11-7-75, pág. 229). La importancia del consentimiento es tratado también por BERGOLIO de BROUWER de KONING y BERTOLDI de FOURCA DE, op. cit. pág. 4.

nocidas como “órdenes N.R.” (órdenes de no resucitar), son válidas en algunos países (31).

c) también pueden derivar de un **proceso judicial**, promovido por el propio paciente, sus familiares o el equipo de salud (32). Generalmente la demanda tiene por objeto obtener de los jueces la autorización para evitar la distanasis, pues el conflicto se plantea, de ordinario, cuando el equipo de salud se niega a remover respiradores artificiales (33).

d) puede llegarse, asimismo, en casos de eutanasia en sentido amplio, por una **orden del gobierno**, ya sea orden privada o una ley, tal el caso de las disposiciones del gobierno nazi respecto de los débiles mentales (34).

14. Cuál es la **razón** de los actos de eutanasia, distanasis u ortotanasia? La primera

- (31) La Ley australiana de 1983, prevé que toda persona mayor de 18 años, con plena capacidad, que no desee ser objeto de medidas extraordinarias en el caso de sufrir enfermedad terminal, puede dar instrucciones en la forma prescripta. La instrucción debe tener firma de dos testigos. Cuando el médico conoce que la persona ha dado instrucciones debe actuar de acuerdo a las mismas, a no ser que haya razonable duda de que el paciente la hubiere revocado o que no esté capacitado para comprender la naturaleza y consecuencias de la instrucción en el momento de su otorgamiento. La ley californiana de 1976, prevé también, la posibilidad del enfermo de dejar instrucciones pero deja librado al médico dar mayor o menor peso a dichas directivas, pudiendo tener en cuenta otros factores, tales como la información dada por los familiares, el tipo de enfermedad, para justificar o no el seguir las instrucciones del paciente. Si uno de los dos testigos que se exigen para la validez de la orden N.R. cuando el paciente está internado en clínica especializada, no es abogado o un ombudsman designado por el Estado, la orden no tiene validez.
- (32) Un caso judicial interesante es el primero planteado en el derecho de Québec (“Goyette c/Centre des services sociaux du Montréal métropolitain” (1983) C.S. 429). Un niño de veintiseis meses, débil mental, que sufre malformaciones cardíacas graves debe ser sometido a operación. Los padres se niegan a autorizarla, alegando los sufrimientos del niño y la mala calidad de vida a la que estaría sometido. Los jueces después de un fino análisis de los textos legales existentes en Canadá y Québec autorizan la operación para salvar al niño de una muerte inminente y cierta. (Revue trimestrielle de droit civil, 1, 1985, pág. 235).
- (33) El más tristemente famoso de los casos judiciales fue el Caso Quinlan, pero muchos otros se han presentado ante los tribunales extranjeros. En nuestro país no hemos podido encontrar jurisprudencia al respecto. ZIMRING, Joseph, op. cit. pág. 1262, narra el caso del Hermano Fox del County de Nassau, New York, que llegó a la Corte de Apelaciones del Estado de N.Y. El religioso antes de llegar a la fase terminal de su enfermedad advirtió a otro religioso, el Padre Heichner, que no se utilizaran medios extraordinarios para mantenerlo vivo. El Padre Heichner avisó al hospital, pero el equipo médico se rehusó y mantuvo al religioso conectado a un respirador artificial, obligando a acudir a la justicia. En octubre de 1979, el tribunal de primera instancia hizo lugar a la demanda, pero el Fiscal apeló y antes de la sentencia definitiva, el paciente falleció víctima de su enfermedad y de una violencia terapéutica no querida por él. La prensa argentina registra casos, siempre del extranjero, p.v. por ejemplo el artículo periodístico del Aric Press del diario Newsweek reproducido en la Revista “La Nación” del día 8 de diciembre de 1985, pág. 27.
- (34) p.v. BORREL MACIA, Antonio, “La persona humana”, Bosch, 1954, Barcelona, pág. 193, quien refiere también al incendio de una leprosería dispuesta por los comunistas chinos a poco de ocupar el poder.

y la última se fundan, de ordinario, en el deseo de acortar al paciente terminal sus sufrimientos proporcionándole una buena muerte. En la distanasia, por el contrario, la razón radica en prolongar la vida, en la lucha encarnizada por la vida. Existe una razón (luego se verá si es justa o no), pero esa razón debe ser diferenciada de las razones alegadas y también de los móviles de quienes realizan dichos actos.

Generalmente la razón alegada será la compasión con el enfermo. ¿para qué operar al anciano (aun cuando la operación no tenga riesgo alguno)?, debe dejárselo morir en paz. ¿Para qué prolongar la vida del enfermo terminal?, no es más que prolongar su agonía, dejémosle morir en paz. ¿Para qué operar al recién nacido con malformaciones que presente complicaciones, si va a llevar una triste vida?.

Esas son las razones alegadas, pero los móviles, pueden ser otros: dejar morir al anciano, pues resulta una carga difícil de repartir entre los hijos; dejar morir al enfermo terminal, pues resulta penoso el trato cotidiano con la muerte inminente; dejar morir al infante malformado, pues será una pesada carga para su familia durante largo tiempo.

Es importante distinguir las razones del reparto, de las razones alegadas y de los móviles, cuando se analiza el mismo desde el punto de vista dikelógico.

15. Los actos de eutanasia, ortotanásia o distanásia, como todo reparto, reconocen ciertos límites, que pueden provenir:

a) de la propia naturaleza de las cosas. En rigor, el disponer o no de la vida de una persona no encuentra límite necesario en la naturaleza misma de la vida, pues si el hombre "quiere", puede matar, pero el límite se encuentra en la dimensión dikelógica, por la inmodificabilidad de los valores naturales (35). La vida es una cosa creada y como tal nadie puede arrogarse el derecho de destruirla caprichosamente.

b) habrá que tener también en consideración el límite sívico. El enfermo terminal o su pariente, y aun también el médico, cuando emiten la autorización para un acto eutanásico o distanásico ¿se encuentran en situación sicológica para comprender la trascendencia del acto que realizan? ¿realizan el acto con discernimiento, intención y libertad?. Es posible que dichos elementos del acto voluntario, o algunos de ellos, se encuentren afectados por el dolor que produce la proximidad de la muerte. Se ha señalado que frente a la muerte existen tres tipos de reacciones: negación, sentimiento de culpa y defensa maníaca, las tres son reacciones que afectan la voluntariedad del acto (36).

16. Los repartos que venimos estudiando, esas adjudicaciones promovidas por el hombre, se ordenan de manera vertical, desde arriba, por un plan de gobierno, o de manera horizontal al hilo de la ejemplaridad, y van a constituir un orden, un régimen.

(35) p.v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones sobre los límites de los repartos", en Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Rosario, No. 6, 1985, pág. 77.

(36) MAGLIO, Francisco, op. cit. pág. 190 citando a Lía Ricón "El médico ante la muerte de sus pacientes", Medicina intensiva, 3: 51, 1978, explica que el sentimiento de negación hace que mientras racionalmente aceptamos la muerte de una persona cercana, emocionalmente no lo aceptamos; cuando ya la negación es imposible puede sobrevenir un sentimiento culposo por la muerte del otro (los médicos educados en el tipo "triumfalista" sienten como un fracaso la muerte de su paciente) y la defensa maníaca puede adoptar distintas posturas: omnipotencia por estar vivos nosotros, desprecio por el otro, comentarios o chistes de humor negro, etc.

En nuestro país, el régimen en materia de eutanasia responde sólo en parte, a un plan de gobierno, porque si bien es claro que está prohibida la eutanasia activa (al penalizarse el homicidio y la ayuda al suicidio), hemos visto en la dimensión normológica que no existen leyes especiales relativas al tema, salvo las excepcionales referencias en los códigos de ética de los profesionales de la salud.

Por lo tanto, en nuestra comunidad nacional, el régimen se origina en la ejemplaridad, una ejemplaridad que presumimos disvaliosa porque creemos que cotidianamente y a cada momento en nuestro país se realizan actos de ortotanasia, distanasia y algunos aislados de eutanasia activa, sin que nadie se cuestione públicamente (pensamos que los debates se darán sí en el interior de las conciencias) acerca de la justicia o injusticia de los mismos. No existen como en otros países organizaciones preocupadas en la materia, ni tampoco se encuentran con facilidad casos judiciales en los que se hayan planteado problemas afines recorriendo los repertorios de jurisprudencia. Cuando la prensa argentina se refiere a la eutanasia, y lo hace con frecuencia, toma informaciones procedentes del extranjero (37).

Las causas de esta aparente falta de sensibilidad son muy difíciles de determinar y exceden los límites de este trabajo (38), pero deberían investigarse para conocer con cierta exactitud si nuestra comunidad no se cuestiona porque la eutanasia no se practica, porque tiene problemas más graves de subsistencia, porque tiene todavía respeto a la autoridad medical y no discute sus decisiones ni su actuación, etc.

Siempre que existe un plan de gobierno que ordene el reparto de vida y muerte responde, sin duda, a los principios filosóficos y religiosos que la sociedad considera valiosos; es por ello, quizás, que en la actualidad, se observa una tendencia creciente a legalizar la eutanasia, respondiendo a ciertas filosofías materialistas, deshumanizantes (39).

DIMENSION DIKELOGICA

17. Atendiendo a la justicia del acto de eutanasia, ortotanasia o distanasia, se tropieza con obstáculos que, en ocasiones, resultan insalvables. Para saber de la justicia o injusticia de esos actos, sería necesario, en primer lugar conocer todo el porvenir. Es éste uno de los argumentos que se emplea para oponerse a la eutanasia, no puede conocerse ciertamente si un enfermo se encuentra en fase terminal (40). ¿Cómo saber si mañana no se

(37) Ver nota 33. El Diario "La capital" del 16 de setiembre de 1987 registra un caso de eutanasia activa ocurrido en la República Federal Alemana.

(38) Debería realizarse un trabajo de campo encuestando a los profesionales de la salud y a la población para verificar la frecuencia y motivaciones de esos actos y las causas de la falta de explicación colectiva de los problemas que general.

(39) p.v. RAYMOND, Guy, "Ethique-Technique et Droit", en Cahiers du Centre Theologique de Poitiers, No. 7, 1985.

(40) Es ilustrativo a este respecto el caso del niño anencefálico que según todos los antecedentes médicos habría sufrido una enfermedad terminal en el momento de su nacimiento y sin embargo vivía a los diecisiete años, bajo los cuidados de su madre y del Dr. C. Suter, según comenta HORAN, Dennis, op. cit. pág. 366.

descubre un medicamento que pueda curarlo? (41). Es difícil decir que es justo dejar morir a una persona interrumpiendo un tratamiento, si quizás realizándolo, alcanza a vivir más y realizarse plenamente en corto tiempo. Es por otra parte difícil sostener que es injusto el encarnizamiento terapéutico, ya que puede suceder que con dicho tratamiento logre el enfermo llegar al tiempo en que se descubra uno nuevo curativo. Como al hombre le resulta imposible conocer todo el porvenir, su justicia debe ser fraccionada, y por tanto, al fraccionar podrá decirse que si un acto de ortotanasia, por ejemplo, era justo en el momento de practicarse, el hecho de que sobrevenga luego un tratamiento curativo, no convierte en injusto aquel acto.

Pero existen también obstáculos derivados del presente. ¿Es justo dejar morir una persona porque el medio proporcionado que puede brindársele no es suficiente para salvar su vida, si quizás, en otro lugar, en este mismo tiempo, se brinda un tratamiento que la salvaría? ¿Resultaría justo dejar morir aquí un paciente, pudiendo aplicarle un tratamiento proporcionado, alegando que en otros lugares resulta imposible salvar enfermos a través del mismo tratamiento?. En estos supuestos es también necesario efectuar un corte: lo justo es lo justo personal, aquí y ahora. Resultaría, pues, claramente injusto el supuesto en que teniendo dos enfermos igualmente terminales pudiera brindarse un sólo tratamiento ordinario para salvarlos (por ej. si se contara con un solo respirador artificial o un sólo aparato de diálisis) y se eligiera a uno, por simple simpatía personal o por sus recursos económicos, cuando optando por el mal menor, habría que elegir al que tiene mayores posibilidades de sobrevida (42).

18. ¿Es justo que la persona disponga de su propia vida o de la vida de otros seres humanos? Dejando de lado la relación que tiene este tema con la pena de muerte y la guerra, reconocemos que la persona tiene un derecho de vivir y un derecho de libertad que dinamiza ese derecho estático (43).

Pero creemos que la regla general que debe orientar este análisis es la que sentó el Tribunal Supremo de Alemania: "Cuando la vida humana existe, la dignidad humana es inherente a ella. . ." (44).

Mucho se ha dicho y escrito al respecto, pero es posible distinguir dos grandes corrientes: una, denominada vitalista, que nace en medicina y se extiende a todas las ciencias, para la cual la vida es un don de Dios, tiene por tanto un carácter sagrado, es un valor absoluto y el hombre sólo debe respetarla y luchar para preservarla, prolongarla y combatir la muerte. En esta corriente se enroló la medicina hasta el presente y por ello consideró como sus más grandes triunfos los progresos científicos que le permiten pro-

(41) JIMENEZ DE ASUA, Luis, op. cit. pág. 416, cita el caso conocido en las revistas francesas de un médico que, desesperado al ver a su hijo cerca de la asfixia a causa de una difteria, terminó con el tormento del niño administrándole una dosis letal de cloroformo y al día siguiente Roux anunció su descubrimiento del suero antidifláctico.

(42) Es el criterio del Triage, p.v. BALIÑA, Luis M., op. cit. pág. 179.

(43) DABIN, Jean, op. cit. pág. 340.

(44) HORAN, Dennis, op.cit. citando a GORBY, 1976. West German abortion decisión: A contrast to Roe v/Wade. John Marshall J. Pract. & Proc. 9 (3): 551-684.

longar la vida (45).

Modernamente se ha desarrollado otra corriente, que sin desechar los postulados del vitalismo, los atenúa. Admite que debe lucharse por combatir la muerte, pero teniendo en cuenta que no interesa tanto la cantidad de vida sino "la calidad de vida".

En nuestra opinión es más justo que una persona pueda disponer de su propia vida que si lo hiciera un tercero, pariente, médico o gobierno, pero aún tratándose de su propia vida y aunque se admite que todo ser humano tiene derecho a su plan de vida personal, no es justo que ese plan pueda incluir un acto positivo de eutanasia, pues, como ya se dijo, la persona tiene la libertad para elegir vivir o morir, pero esa libertad debe ser ejercida rectamente (46). Esto permite admitir como justo que la persona decida no iniciar o no continuar un tratamiento extraordinario, conociendo que de él depende la prolongación de su vida, pues en principio se trata de dejar obrar a la naturaleza (47). La distanasisa, por el contrario, parece injusta, pues si bien se adjudica vida, ella es de tan mala calidad que deshumaniza al paciente (48).

Es injusta la eutanasia (en sentido amplio), dispuesta por el gobierno, por cuanto la vida de los miembros de una comunidad no son patrimonio de sus gobernantes. Pero también existen otros poderosos que pueden disponer la eutanasia, distanasisa u ortotanasisa de una persona: sus parientes, sus representantes el equipo de salud; sólo es justo que ellos intervengan, con los límites que enseguida expresaremos, cuando el paciente es una persona capaz que se encuentra inconsciente y no previó dejar manifestada su voluntad al respecto o bien cuando se trate de un incapaz que nunca pudo manifestarla válidamente. En estos casos creemos que es injusto que puedan ordenar la eutanasia activa (49), y en relación a la ortotanasisa puede ser justa cuando se hayan removido adecuadamente los obstáculos derivados del presente y del porvenir.

El médico podría ser considerado como un poderoso, repartidor aristocrático, que en razón de sus conocimientos científicos y técnicos, tiene superioridad para decidir

(45) p.v. Documento de trabajo No. 28 de la Comisión de reforma del derecho de Canadá, cit.

(46) En igual sentido se expresó la Dra. Hersh en la Mesa Redonda sobre Eutanasia, cit. pág. 231; la Comisión de reforma del derecho de Canadá en su "Rapport", citado ut supra punto 9; BO RREL MACIA, Antonio, op. cit. pág. 22.

(47) Declaración sobre la eutanasia, Sagrada Congregación. . .; cit. pág. 12. En ese sentido son alegacionadoras las palabras del Sr. René Huber, ex pastor del Hospital Cantonal de Ginebra, en la Mesa Redonda sobre eutanasia, op. cit. pág. 230, cuando expresa: "...lo que considero desplorable en un hospital universitario, es que se prolongue la vida de enfermos en la etapa terminal... Es la vida que desea morir, y el médico que interviene para que la vida no haga su trabajo ya sea que el paciente se haya podido expresar o no. En el plano moral, es una cuestión de mal menor"

(48) La Declaración sobre la eutanasia, Sagrada Congregación. . . cit. pág. 12, alude a una "prolongación precaria y penosa de la existencia". BISHOP, V.A., "A Nurse's view of ethical problems in intensive care and clinical research", en British Journal of Anaesthesia (1978) 50, 515, sostiene que los enfermos mantenidos artificialmente por medio de crueles tratamientos son llevados tristemente a la pérdida de la dignidad humana.

(49) ZIMRING, Joseph G., op. cit. pág. 1261; MATEO, Ramón Martín, op. cit. informa que la eutanasia activa está castigada en todos los países y que Holanda donde algunos dicen que estaba admitida, habría cancelado, aunque no definitivamente, el proyecto de despenalización de la eutanasia.

acerca del reparto de vida. Sin embargo, no puede reconocérsele esa superioridad en la prolongación de la vida cuando ésta no tiene la calidad mínima que hace a la dignidad de la persona que vive.

Es notoriamente injusto el acto eutanásico, ortotanásico o distanásico cuando el recipiendario beneficiado no resulta el enfermo terminal sino sus parientes o terceros extraños.

En síntesis, la injusticia o injusticia, consiste en analizar si lo que se reparte es vida o muerte, sólo la primera puede ser objeto de una adjudicación justa. Excluimos en esta consideración todos los problemas relacionados con la pena de muerte y la guerra, como ya expresamos, y también el análisis del autosacrificio, pues también es un tema que excede los límites del presente trabajo.

Como último aporte respecto a la justicia del reparto aislado, cabe destacar que es necesario asegurar que la decisión de prolongar o no la vida provenga de un acuerdo con el paciente o de un proceso judicial.

19. Para analizar cuál es el régimen más justo, debe tenerse presente que el principio supremo de justicia es la personalización del hombre, toda medida que tienda a hacer del hombre más persona, debe ser considerada justa. Para ello el régimen debe ser humanista. Un régimen que permitiera la eutanasia activa sería injusto por deshumanizante, de manera similar que la distanásia ya que ésta degrada al hombre para mantenerlo vivo. En cambio un régimen que admite la ortotanásia sería justo, pues su finalidad es ayudar al hombre a ser más persona en su muerte digna y natural (50).

20. Cuando la persona de cuya vida o muerte se trata es dejada en libertad para decidir al respecto, el régimen muestra caracteres de humanismo abstencionista y si la decisión es adoptada por sus familiares o el equipo de salud para el bien de la persona de que se trata, el régimen es humanista intervencionista (paternalista). En estos dos casos el régimen es justo, pero cuando en la decisión, la persona de que se trata, es tomada como medio, el régimen es totalitario, y por lo tanto injusto.

21. Para alcanzar la justicia, debe protegerse al individuo contra los demás, por lo que urge esforzarse a fin de conocer con precisión cuáles son los móviles que determinan a los parientes o al equipo de salud para realizar un acto de eutanasia o distanásia. El régimen debe prever estas situaciones organizando la protección adecuada del anciano, del niño con malformaciones, del diferenciado, cuando quedan a merced de sus parientes (51).

(50) BALIÑA, Luis M., op. cit. pág. 183 dice: "Que el médico debe recibir a la alta tecnología, como una muy buena aliada, siempre que sirva a la alta dignidad del espíritu humano y no la sojuzgue. Despersonalizar la muerte es un riesgo muy grande en la era tecnotrónica. Si no logramos que a cada suplemento de técnica se le añada un suplemento de alma al decir de Gabriel Marcel, la despersonalización de la muerte decidida por un profesional, sin visitas, sin diálogo, sin sacerdote, puede llegar a ser una fuente grave de despersonalización de la vida".

(51) Un caso lamentable donde el tribunal debió defender a un débil mental contra sus propios padres es el relatado en la nota 32. La necesidad de defender a los más débiles la experimentan sobre todo los médicos especializados que tratan con discapacitados o con ancianos.

También debe protegerse al paciente contra lo demás, en especial el dolor (es posible en la actualidad proporcionar tratamientos terapéuticos cada días más eficaces para calmar el dolor físico), y contra sí mismo. En este último aspecto debe protegérsele de ciertos actos de consentimiento para la eutanasia que puedan responder a una carencia total de amor o a un fuerte sentimiento de soledad frente a la muerte. En esos supuestos lo justo es prevenir al enfermo de esas miserias (52).

(52) La Declaración sobre eutanasia, Sagrada Congregación. . . pág. 8, con acierto expresa: "Las súplicas de los enfermos muy graves que alguna vez invocan la muerte no deben ser entendidas como expresión de una verdadera voluntad de eutanasia; éstas en efecto son casi siempre peticiones angustiadas de asistencia y afecto". En igual sentido, ZIMRING, Joseph, op. cit., pág. 1263.

NOTAS SOBRE DERECHO Y ASTUCIA

Miguel Angel CIURO CALDANI ()*

En memoria de Nicolás Maquiavelo, filósofo
de la astucia, en el 460º aniversario de su
muerte (1527 - 1987)

1. Una larga tradición, que tiene entre sus primeros exponentes clásicos a Caliclé (1), ha relacionado ontológicamente el Derecho con la astucia. Según lo refiere Platón, el célebre sofista afirmaba que lo justo es el predominio del fuerte y el Derecho es obra de la astucia de los débiles destinada a impedir el dominio de los fuertes. Sin embargo, en este caso deseamos referirnos a la relación entre Derecho y astucia que se plantea cuando se considera que además de esa astucia, tal vez inherente al Derecho (que le serviría de común denominador) hay diversas posibilidades de empleo de la astucia en la vida jurídica cuya presencia altera sus rasgos aparentes y caracteriza sus áreas y sus momentos particulares.

2. En la perspectiva jurídico-sociológica, el empleo de la astucia puede “vaciar” la voluntad repartidora del sujeto pasivo, engañado o descubierto en el deseo de engañar, respectivamente en la idea o en los hechos, y puede viciar las formas de los repartos, sobre todo del proceso, la negociación y la adhesión (aunque como posibilidad agudice el ingenio y las enriquezca). Su presencia se inscribe en la relación entre los móviles, las razones alegadas por los repartidores y las razones que la sociedad atribuye al reparto (2). La astucia en el engaño se refiere más a la relación entre móviles y razones alegadas, en tanto que la astucia en evitar el engaño se desplaza más al juego de las razones que la comunidad atribuye al reparto. La astucia es un instrumento de reparto autoritario directo que, como tal, se desarrolla al hilo de la imposición y prescindiendo de la ordenanza, realizando –por ese carácter autoritario– el valor poder. Sea bajo la apariencia de un reparto autoritario ordenancista o de un reparto autónomo, que como tal satis-

(*) Investigador del CONICET

- (1) Puede v. acerca del pensamiento del personaje –real o imaginario– Caliclé: PLATON, “Gor-
gias, o de la retórica”, en “Obras Completas”, trad. Francisco García Yagüe, 2a. ed., Madrid,
Aguilar, 1969 (482 b-484 a), págs. 382 y ss.; también, por ej. FASSO, Guido, “Historia de la
Filosofía del Derecho”, trad. José F. Lorca Navarrete, 3a. ed., Madrid, Pirámide, t. I., págs.
32 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5a. ed., Bs. As., Depalma,
1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estu-
dios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones
Jurídicas , 1982-1984; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones
Jurídicas, 1986; “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones
Jurídicas, 1986; “Comprepción jusfilosófica del “Martín Fierro” ”, Rosario, Fundación para las
Investigaciones Jurídicas, 1984, etc.

face el valor cooperación, la astucia resulta en profundidad vía para el reparto directo, pudiendo hablarse así de un “criptorreparto” del autor del engaño o de un reparto de quien lo evita.

Por su vinculación con las razones que la sociedad atribuye al reparto, la astucia se relaciona especialmente con la ejemplaridad que satisface el valor solidaridad, aunque a través del engaño es posible que haya una “criptoplanificación” gubernamental en marcha, que realiza de cierto modo oculto el valor previsibilidad, bajo la apariencia de ejemplaridad. Cuando divide la apariencia y la realidad del papel de repartidor, la astucia produce anarquía “institucional” donde, aunque se sepa cómo se reparte no se sabe quién reparte; pero al dividir la apariencia y la realidad de los criterios con que se reparte produce anarquía “teleológica” en la que, pese a poder saberse quién reparte no se sabe cómo se reparte. Sin embargo, cuando la astucia evita el engaño excluye las manifestaciones anárquicas que éste produciría. La astucia puede ser, en consecuencia, factor de desorden y arbitrariedad o auxiliar de un orden real, aunque siempre refleja un estado de “beligerancia” ideológica.

Cuando la astucia produce el engaño acrecienta el poder de los repartidores, y cuando evita el engaño constituye un límite necesario del reparto que pretendió valerse de ella. Si la astucia está dirigida al engaño, pretende que una finalidad subjetiva, valiéndose de la fuerza de la finalidad objetiva de los acontencimientos, prevalezca sobre otra; cuando la astucia evita el engaño, impone una mayor correspondencia entre la finalidad subjetiva y la finalidad objetiva.

3. En la perspectiva jurídico-normológica, la astucia se relaciona con el ocultamiento o el “desocultamiento” de los **contenidos sociológicos o dikelógicos** de las captaciones normativas, con especial frecuencia, en cuanto a los recipientes y los objetos de los repartos, los criterios supremos de reparto y los límites. La astucia suele vincularse con la constitución de los **problemas**, con el **equilibrio** entre las características positivas y negativas del antecedente y la consecuencia jurídica y con la **correspondencia** (no mera yuxtaposición) que debe existir entre los antecedentes y las consecuencias jurídicas de las normas. Una de las principales vías que suele recorrer la astucia es el engaño o el desengaño en relación con la **integración** de la realidad social que producen las captaciones normativas, pudiendo consistir el engaño en la vinculación del reparto con adjudicaciones que deberían serle ajenas, o en la no relación con otras que tendrían que ser vinculadas; en el empleo de conceptos inapropiados o en la producción de materializaciones falsificadoras. Pueden llegar a constituirse a través de la astucia de los repartidores, normas “espectáculo” (3).

La astucia como búsqueda del engaño está frecuentemente presente pretendiendo el ocultamiento de la reelaboración de las normas por vías de interpretación o aplicación aparentes, llevadas a cabo con deslealtad, y la astucia en la línea de evitar el engaño.

(3) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Las fuentes de las normas”, en “Zeus”, t. 32, págs. D-103 y ss.

ño interviene al hallar la verdadera interpretación y al evitar aplicaciones viciosas. La teoría del funcionamiento de las normas del trialismo, encaminada a mantener constantemente iluminadas las relaciones de las normas con la **realidad social y la justicia**, es a nuestro parecer el más eficaz esfuerzo para evitar, con sana astucia, los engaños que suelen entronizarse sobre todo a través de la interpretación y de la aplicación. Creemos, en cambio, que la llamada teoría pura del Derecho, que parte de la afirmación básica de la “pureza” normativa del Derecho, es –consciente o inconscientemente– el instrumento más idóneo para introducir el engaño en la vida jurídica. Uno de los puntos fundamentales de este engaño es inducirnos a creer que la norma es siempre “un marco abierto a varias posibilidades”; permitiéndose así la irrupción, relativamente subrepticia del encargado del funcionamiento (4).

La astucia en el engaño o en evitarlo se relaciona, de maneras respectivamente inversa o directa, con la **buena fe** (5). El engaño vicia las **relaciones entre normas** que pretende aparentar, realizando una “pseudocoherencia” y una “criptoincoherencia” en el ordenamiento, y en el caso de evitarse el engaño se revelan las verdaderas relaciones entre normas y se muestran sus posibilidades de coherencia real (6). La astucia engañososa de la llamada teoría pura del Derecho se muestra aquí, por ejemplo, en el ocultamiento de la derrota de las normas superiores por las inferiores, que es resultado de un juego de realidades sociales, por la “norma de habilitación”. La astucia en el engaño tiene mayores posibilidades cuando el ordenamiento pretende cerrarse más a la realidad social (en profundidad basándose más en el orden cultural de ésta) a través de su constitución como **sistema**.

En general, la astucia se relaciona muy especialmente con las posibilidades de engaño respecto de la realidad social que permiten las captaciones normativas y con la burla o la satisfacción del valor **verdad**, que esta dimensión del Derecho debe satisfacer. Puede decirse que la dimensión normológica es el mayor soporte que puede tener la astucia engañososa en el Derecho, y la dimensión sociológica la vía necesaria para la astucia que desengaña.

4. En la dimensión **jurístico-dikelógica**, la astucia en el engaño es un punto en que Moral y Derecho se diferencian considerablemente, ya que dada la objetividad del material estimativo del área jurídica, compuesto por las adjudicaciones más que por virtudes y vicios, la astucia tiene un significado menos negativo que en la Moral. La astucia se ubica, por ocultamiento o desocultamiento, en las relaciones entre los valores verdaderos

(4) KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1966, págs. 166 y ss.; v. en general la obra cit., y, por ejemplo, “Teoria geral das normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986.

(5) La astucia es especialmente significativa en la “materialización” “abogado”.

(6) Al hilo de las relaciones entre normas entran en juego todos los valores del ordenamiento que les son inherentes.

y las razones que pretenden enmascararlos. El engaño puede producirse y reconocerse al hilo de las diversas falsificaciones de valores, encaminadas a secuestrar el material estimativo de otros valores, sea por subversión (por ej. jerarquizando al poder o el orden en lugar de la justicia), inversión (v. gr. exagerando las pretensiones de justicia contra las necesidades de poder y orden) o arrogancia (por ej. cuando la justicia se atribuye espacio que corresponde a la utilidad, o viceversa) (7). Al descubrirse el engaño, se evidencian, en cambio, las relaciones legítimas de coadyuvancia o sustitución entre valores.

En general, la astucia, como habilidad en engañar o en evitar el engaño, se desarrolla primariamente en el campo del valor **verdad**. Es hostil al amor y se vincula con la **utilidad**, alterando o descubriendo la relación entre medio y fin. No es sin motivo que Maquiavelo, defensor del poder y de la utilidad, presenta a la astucia como elemento destacado de su estimativa (8). Sin embargo, la última apreciación del valor de la astucia ha de referirse al más alto valor a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser de nuestro ser).

La astucia que tiende al engaño significa un “desvalor” relativo y cuando evita el engaño importa un valor también relativo. Como se trata de un “desvalor” relativo, puede ser legitimada (y aproximarse a la destreza) si se la emplea para valores que la merezcan; pero en el caso habitual de no ser legitimada se convierte en **picardía**.

Como los diversos sentidos de la justicia dan lugar a diferentes “clases” de justicia, con requerimientos opuestos, el engaño y el desengaño suelen recorrer los espacios entre unas y otras (por ejemplo, es posible engañar invocando la justicia general en detrimento de la justicia particular, o viceversa). A su vez, dado que la justicia como valor posee tres despliegues, de valencia, valoración y orientación, el engaño y el desengaño pueden producirse en relación con ellos. El engaño sucede sobre todo con el empleo de **criterios generales orientadores falsos**, respecto del cual el desengaño surge de las valoraciones completas.

El engaño y el desengaño pueden suceder a través del fraccionamiento o el desfraccionamiento de las **influencias** de justicia relacionadas con su función “pantónoma” (pan = todo; nomos = ley que gobierna). Tal vez el principal instrumento de la astucia engañosa sea llevarnos a considerar un requerimiento de justicia en detrimento de otro que debería ser desfraccionado o a no tener en cuenta una exigencia de justicia para atender a otra que debería ser fraccionada. Empleando una comparación con la diferente “gravedad” problemática que revelan los géneros literarios, podría decirse que el engaño y el desengaño se relacionan con la manipulación de la profundidad “trágica”, “dramática” o quizás meramente “cómica” de las cuestiones. Si bien todo asunto puede ser comprendido desde los tres niveles, suele ser sólo uno el que conduce a su solución va-

(7) Acerca de las investigaciones dikelógicas en que se basan las ideas expuestas, v. también las obras del autor antes mencionadas.

(8) V. MACHIAVELLI, Niccolò, “El Príncipe”, trad. Juan G. de Luaces, en “El Príncipe-Escritos Políticos”, 6^a. ed., Madrid, Aguilar, 1968, cap. XVIII, págs. 152 y ss.

liosa; no hay que “hipertrofiar” ni “hipotrofiar” (podría decirse también “maximalizar” o “minimizar”) los problemas. La astucia mayor en el engaño se alcanza cuando, al hilo de las dificultades para el fraccionamiento justo, se pretende convencernos de que la justicia es una mera opinión.

Como es inherente a la astucia engañosa excluir la autonomía de los protagonistas que la padecen, su intervención aparta la legitimidad subjetiva que puede adquirirse de manera directa por esa vía (sea autónoma, paraautónoma o infraautónoma) y consiguientemente excluye la democracia. Sólo quedan como posibilidades de legitimidad para el repartidor del engaño la “criptoautonomía” y la aristocracia. Un gobernante que accede al poder mediante la astucia engañosa puede resultar relativamente superior al que accede mediante la fuerza física, pero —aunque medien “elecciones”— no puede invocar el acuerdo de los interesados y no es democrático. Le queda principalmente la discutible posibilidad que en relación con el gobierno tiene la legitimidad aristocrática, sea por superioridad moral (en su caso muy difícil), científica o técnica. El repartidor por astucia que no adquiere esos títulos de criptoautonomía o aristocracia es lisa y llanamente “antiautónomo” (o sea “de facto” en sentido dikelógico).

La astucia en evitar el engaño es, en cambio, una cualidad positiva especialmente significativa, en relación con la importancia de las adjudicaciones que han de producirse. Su desarrollo, no sólo en los gobernantes sino también en los gobernados, es una exigencia fundamental para el éxito de las diversas formas de gobierno.

La astucia engañosa **aliena** a la víctima respecto del mundo real y mina los cimientos de la fe del hombre en el hombre, condenando a la soledad que no tarda en proyectarse también en quienes la practican. En cambio, la astucia para evitar el engaño es una de las cualidades del hombre plenamente personalizado, aunque urge que esta astucia no vaya unida al bloqueo de la agregación amorosa con los demás.

En cuanto al régimen en su conjunto, la astucia engañosa es básicamente **antihumanista**, porque toma a la víctima como medio y no como fin, sea como medio del individuo que la practica, en sí mismo, o del conjunto social (individualismo radical y totalitarismo). Por su parte, la astucia que evita el engaño es, en principio, una exigencia del **humanismo**. La astucia engañosa es favorable al desarrollo de la unicidad del que la practica, pero avasalla la unicidad del que la padece (vinculándose por estas perspectivas con el liberalismo político) y, al negar sobre todo la igualdad y la comunidad de todos los hombres, se opone a la democracia y a la “res publica”. La astucia engañosa es un instrumento de agresión contra el que la padece, en tanto que la astucia para evitar el engaño es un medio de protección para el que la practica.

5. En el marco de la Teoría General del Derecho (entendida como “sistema jurídico”), la astucia se vincula especialmente con el **fraude** (9) y, cuando es engañosa convier-

(9) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss. Para la mejor comprensión de la significación de la astucia cabe tener en cuenta la teoría de la lesión subjetiva.

te un acto de conocimiento en un acto de enajenación, potenciando la negocialidad al servicio de quien la practica. En cambio, la astucia en evitar el engaño preserva la negocialidad en aras de quien la usa. La astucia es en general más legítima en el marco del Derecho Patrimonial, sobre todo en las áreas contractual y comercial, en tanto que resulta menos admisible en ámbitos donde la profundidad de las relaciones personales requiere más lealtad, v. gr. en el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio.

6. La astucia es, en general, un fenómeno profundamente afín al sistema capitalista, en cuyo marco la dominación por el uso de la fuerza física suele ser reemplazada por la aparentemente menos agresora práctica de la astucia (10). Asimismo, está más emparentada con los períodos de “civilización” e incluso con los tiempos de decadencia, que con las épocas de “cultura”. Sus posibilidades de desenvolvimiento se incrementan cuando se entrecruzan diversos estilos de vida, como sucede en países como el nuestro (11).

En el marco político general, la astucia guarda particular relación con la política económica, signada por las exigencias del valor utilidad y con la política científica, identificable por los requerimientos del valor verdad; en tanto es hostil a la política erológica, individualizable por las exigencias del valor amor.

Quizás pueda afirmarse, en última instancia, que nuestra época, capitalista, civilizada y “científica” es un tiempo de “socialización” de la astucia.

- (10) En relación con la “astucia” en el marco de la Filosofía y su crítica, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Dialéctica negativa”, trad. José María Ripalda, Madrid, Taurus, reimp. 1986; “La ideología como lenguaje”, trad. Justo Pérez Corral, 2a. ed., Madrid, Taurus, 1982; “Minima Moralia”, trad. Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Taurus, 1987; también c. por ej. HABERMAS, Jürgen, “Concomiento e interés”, trad. Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982; FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, trad. Enrique Lynch, 2a. reimp., México, Gedisa, 1984. Quizás el auge relativo del pensamiento “crítico” en países como el nuestro, necesitados de decisiones energéticas, sea una “astucia” social engañosa.
- (11) Cabe recordar, por ej., las observaciones de HESSE, Hermann, “El lobo estepario”, trad. Manuel Manzanares, 19a. reimp., Madrid, Alianza, 1986, v. gr., pág. 27.

LA REFORMA INTERNACIONAL IUSPRIVATISTA DE LA LEY MATRIMONIAL 23.515

Alejandro Aldo MENICOCCI

*A la memoria de Werner GOLDSCHMIDT.
A la memoria de Clementino MENICOCCI,
a cien años de su nacimiento.*

La ley matrimonial N° 23.515 introduce una reforma verdaderamente importante en nuestro Derecho de Familia, no solamente en el Derecho Privado sino también en el Derecho Internacional Privado. Es plausible que el legislador haya comprendido la estrecha vinculación entre ambas ramas jurídicas. Así, nuestro “viejo” Derecho de Familia, producto del espíritu católico español que acompañó la conquista de Granada (1), poco tiene que ver con los valores, la normatividad y la realidad social actuales; paralelamente, van desapareciendo de nuestro DIPri, las relaciones de secuestro y las normas de policía. En los párrafos que siguen, nos referiremos a las normas de DIPri, introducidas por la nueva ley, señalando algunos de sus problemas y dejando abiertos algunos interrogantes a la respuesta doctrinaria y jurisprudencial.

1. Ambito espacial y temporal de la ley.

La nueva ley pasa a integrar el sistema internacional jusprivatista de fuente interna y su ámbito de aplicación espacial se delimita por exclusión de lo que no corresponda a la órbita de los tratados de Montevideo (2). En tal sentido, el régimen no convencional se orienta hacia una armonización con las fuentes internacionales, y especialmente con la más joven, esto es, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (3). En cuanto al ámbito temporal, la ley no establece ninguna regla en especial, por lo que habremos de estar con lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Código Civil.

2. Validez del matrimonio.

Los actuales artículos 159 y 160 del Código Civil, siguiendo los lineamientos de los tratados de Montevideo (1889, art. 11; 1940, art. 13), el Código de Vélez (art. 159)

(1) LAFAILLE, Héctor (Dr), *Curso de Derecho Civil - Derecho de Familia* (Compilado por por Pedro Frutos e Isauro Arguello), Bs. As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1930.

(2) V. *Régimen de Matrimonio Civil y Divorcio - Ley 23.515*. Revisado y comentado por Eduardo A. ZANNONI (Bs. As., Astrea, 1987); T.p.v. *Ley de Divorcio N° 23.515* (Bs. As., Bregna, 1987); CIURO CALDANI, Miguel Angel, *Nuevo Derecho Internacional Privado de Fuente Interna* (En: *Zeus*, N° 8296 y 9297, del 10 y 27 de julio de 1987, respectivamente); GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 5a. edición, (Bs. As., Depalma, 1985, págs. 53 y ss.); BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., T. I. (Bs. As., Depalma, 1983, págs. 351, 357 y *passim*).

(3) CIURO CALDANI, Miguel Angel, op. cit., pág. 3.

y el ahora derogado art. 2 de la ley 2.393, someten las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio al Derecho del lugar de celebración, aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. Con una fórmula ya conocida en nuestro sistema, el legislador continúa siendo indulgente con respecto al fraude a la ley, en miras a la obtención de matrimonios válidos (4). El límite está impuesto por el orden público (entendido aquí como conjunto de disposiciones) impuesto por el art. 160. En efecto, se mantienen la consanguinidad “vertical”, —sin límites— y “horizontal” —hasta medio hermanos—, la afinidad en línea recta en todos los grados, el ligamen, el conyugicio, innovando con respecto a la adopción.

Con respecto a esta última, cabe distinguir los vínculos resultantes de la adopción plena, de los de la adopción simple: los primeros subsisten mientras que los segundos cesan si ésta se revoca. La fórmula que adopta la ley es la del “no reconocimiento”, es decir, el matrimonio celebrado en el extranjero mediando alguno de los impedimentos reseñados, no será reconocido en la República, entendiéndose que tal actitud sólo producirá efectos en nuestro territorio.

Por nuestra parte, hubiésemos deseado mantener el sistema de la ley 2393, sin introducir el impedimento —irremediable— de la adopción plena, teniendo en cuenta, sobre todo, la constante “apertura” del régimen de familia y la flexibilización de los valores que lo orientan. También estimamos que la técnica deseable era la de mantener en un solo artículo —al igual que en el derogado art. 2 de la ley 2.393 y sus correspondientes en los Tratados de Montevideo— los citados preceptos, sobre todo si tenemos en cuenta que, de mantenerse la numeración del Código Civil, los “espacios” disponibles eran más bien, escasos, como a continuación señalaremos.

3. Prueba

La prueba del matrimonio celebrado en el extranjero se rige por el Derecho del lugar de celebración, reza el art. 161. La introducción del precepto es plausible, y, en lo atinente a la relevancia procesal, concuerda con el art. 2 de los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo (1889-1940).

La segunda parte de la disposición analizada enarbola una cláusula de orden público internacional divorcista, técnicamente mal ubicada y que, en todo caso, debiera haberse introducido en otro artículo, dentro de la economía que señalamos anteriormente (5).

En cuanto a su contenido, volveremos oportunamente.

4. Relaciones personales.

Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por la ley del domicilio efectivo.

(4) GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 290.

(5) Ciuro Caldani opina que la ubicación correcta hubiera sido en un artículo específico, siendo correcto el N° 159 (op. cit., pág. 5).

El mismo artículo (Nº 162) nos da la calificación, entendiéndose por tal aquel en que los cónyuges viven de consuno.

Se vuelve al régimen del Código de Vélez y se armoniza con el DIPri. de fuente convencional (art. 12, 1889; art. 14, 1940). El respeto al elemento extranjero exigía la derogación del art. 3 de la ley 2.393, que operaba una relación de "secuestro" al someter los derechos y obligaciones personales de los cónyuges a las leyes de la República, mientras permanezcan en ella (6).

La ley de la última residencia funciona como punto de conexión subsidiario, en caso de duda o desconocimiento del domicilio efectivo.

5. Alimentos

La reforma relaciona a los alimentos con las relaciones personales de los cónyuges. La decisión es feliz y permitirá terminar con las controversias acerca de la naturaleza del derecho alimentario. Esperemos también que se proyecte este carácter hacia todo el Derecho Privado, siendo la norma internacional ejemplarizadora.

El derecho a percibir alimentos, así como su admisibilidad, oportunidad y alcance del convenio alimentario, se rigen por la ley del domicilio conyugal. Con esto se procura mantener el marco social y económico vivenciado por los cónyuges en el matrimonio. Sin embargo, la norma establece un punto de conexión alternativo de connotación valorativa, con respecto al monto de los mismos, puesto que se regulará por el derecho del domicilio del demandado si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario.

6. Medidas urgentes

Concluye el art. 162 estableciendo que el "Derecho del país del juez que entienda en la causa" rige las medidas urgentes. La regla guarda analogía con los artículos 24 y 30 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y 1940, respectivamente.

7. Régimen de bienes

El artículo 163 de la normativa analizada se orienta en forma feliz hacia el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (art. 16), sometiendo las convenciones matrimoniales y las relaciones entre los esposos con respecto a los bienes al Derecho del primer domicilio conyugal. Con ello se procura evitar que el cónyuge débil se vea defraudado en su situación patrimonial debido a imprevistos cambios domiciliarios. De esta manera, se "cristaliza" el contacto del régimen de bienes del matrimonio en el Derecho del primer domicilio conyugal. Pese al carácter terminante de la disposición entendemos con Ciuro Caldani que "...en cuanto al punto de conexión "domicilio conyugal" sea calificable con el criterio consagrado en el artículo 200, según el cual los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de la residencia de la familia, y en tanto haya equili-

(6) Para Boggiano se trata de una norma de policía (op. cit., pág. 352).

brio real en la vida de los cónyuges, podrá ir haciéndose lugar a la consideración de la vida siguiente de la pareja. De este modo, en el futuro podrá elegirse el Derecho del domicilio conyugal al tiempo de la adquisición de los bienes o la ley del domicilio conyugal actual” (7).

El citado precepto, al igual que el Tratado de Montevideo de 1940, no incluye dentro de la conexión “primer domicilio conyugal” todo lo que, en materia de estricto carácter real, está prohibido por la ley de situación de los bienes.

Finalmente, se establece la inalterabilidad del Derecho aplicable para regir las relaciones patrimoniales entre los esposos, sea con respecto a bienes adquiridos antes o después del cambio de domicilio. De esta manera, se intenta resolver el problema del cambio de estatutos.

El régimen actual es sin duda superior al establecido por los artículos 4, 5 y 6 de la ley 2.393, que establecía el principio de mutabilidad con respecto a los bienes muebles (existiendo, en consecuencia, un régimen diferente por cada cambio domiciliario) y el del fraccionamiento con referencia a los inmuebles (imponiendo tantos sistemas como bienes en diferentes países tuviera el matrimonio).

8. Separación personal y disolución del matrimonio

También en forma análoga el Tratado de Montevideo de 1940 (art. 15), la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges. Agrega además que ello será “...sin perjuicio de los dispuesto en el art. 161” que, como hemos observado, contiene una norma de orden público internacional de carácter divorcista. En virtud de esta última disposición –técticamente mal ubicada y, ciertamente, sin grandes posibilidades de aplicación–, la regla de la ley 2.393 por la cual “los matrimonios argentinos no pueden ser disueltos por un estado extranjero y, paralelamente, los tribunales argentinos no pueden disolver un matrimonio extranjero”, se ha transformado en una regla de proyección ecuménica según la cual “los tribunales argentinos competentes pueden disolver cualquier matrimonio”, sea este celebrado en país con o sin divorcio vincular.

9. Jurisdicción

El art. 227 establece que las acciones de separación personal, divorcio vincular y nulidad, así como las que versaren sobre los efectos del matrimonio, deberán intentarse ante el juez del último domicilio conyugal efectivo o ante el del domicilio del cónyuge demandado”.

En principio, se sigue el criterio del derogado artículo 104 de la ley matrimonial, al establecer la jurisdicción del juez del domicilio de los cónyuges, con el reiterado calificativo de “efectivo”. Siguiendo a Ciuro Caldani, estimamos que el carácter de domicilio efectivo se debe a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentada en

(7) CIURO CALDANI, op. cit., pág. 7.

en el caso “Vlasov, E.C. de” del 25-III-1960” (8). Se agrega, además, que la acción podrá intentarse ante el domicilio del cónyuge demandado, al igual que en los Tratados de Derecho Civil Internacional (art. 56), y se abandona la jurisdicción concurrente de los tribunales argentinos, cuando existía matrimonio celebrado en nuestro país y un último domicilio en éste.

Uno de los aspectos más sorprendentes de la ley ha sido, como ya hemos observado al analizar el art. 162, el problema alimentario. Aquí se establece una multiplicidad de puntos de conexión que evidencian la preocupación del legislador de allanar el camino a quien pretende una prestación de tal índole. Se establecen, en el artículo 228, la jurisdicción del juez que hubiere entendido en el juicio de separación personal, divorcio vincular o nulidad (inc. 1º) y, a opción del actor, el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere coincidido con la residencia del demandado, si se planteare como cuestión principal (inc. 2º).

El art. 161 declara competentes a los jueces argentinos para disolver un matrimonio celebrado en la República, cuya separación haya sido decretada en el extranjero.

10 Algunos problemas generales de la norma indirecta.

El **fraude a la ley** tendrá, debido a la adopción del divorcio vincular, mucho menos protagonismo que en el régimen de la ley 2.393. No obstante, podrá asomar en las cuestiones de índole patrimonial, debido a que nuestro sistema matrimonial no se decide aún entre el régimen institucionalista y el contractualista. La adopción del divorcio vincular asimila el matrimonio a un contrato, pero el régimen de bienes se orienta hacia la institucionalidad. Aún están proscriptas las convenciones prenupciales; el “primer domicilio conyugal” consolida —quizás en demasía—, el contacto para el régimen patrimonial, y aún queda por resolver —tarea que queda librada a los jueces— los casos de los matrimonios celebrados en el extranjero en fraude a la ley y su incidencia en la sociedad conyugal ahora legitimada.

El **orden público** ha experimentado un vuelco tan trascendental, en especial con el precepto del art. 161, segundo párrafo, que se puede intentar explicarlo como un fruto de la reacción al sistema derogado. Sin embargo, y aunque parezca una opinión demasiado arriesgada, estimamos que nuestro orden público internacional antidivisorista ya había cedido con anterioridad a la vigencia de la ley que analizamos, debido al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Sejean Juan B. c. Zaks de Sejean Ana M.” del 27-II-1986 (9). En tal sentido, estimamos que luego de aquel “leading case” un juez argentino podría haber reconocido una sentencia de un tribunal extranjero declarando el

(8) *Ibidem*, pág. 2 del Nº 8291.

(9) V. *El Derecho*, T. 121, pág. 522 y ss., con comentario de Germán BIDART CAMPOS “La Corte Suprema y el Divorcio Vincular”; T.p.v. BOGGIANO, Antonio “Ultima Ratio Regum”, en *El Derecho*, T. 121, pág. 909 y ss..

divorcio vincular de un matrimonio celebrado en nuestro país. Este giro del orden público incrementa las posibilidades de **reconocimiento de una sentencia extranjera** atento a los requisitos de fondos exigibles. (Ciuro Caldani).

11. Nuestra opinión

El régimen instaurado por la ley 23.515 en materia de DIPri. merece, en general, su aprobación. Se ha superado la conexión de secuestro en lo atinente a las relaciones personales de los esposos; se ha sometido el régimen de bienes a la ley del domicilio evitándose el excesivo fraccionamiento que imponía la aplicación de la “lex situs”; la solución de fondo, como así también la jurisdiccional, en materia alimentaria, merecen nuestro más sincero elogio. Por otra parte, resulta ventajoso el armonizar la fuente interna con la convencional. Sin embargo, merecen observaciones, v.gr., la ubicación del segundo párrafo del art. 161, atento a que no guarda relación alguna con el primer apartado, y la declaración de orden público divorcista que, además de ser innecesaria, marca un vuelco tan drástico en los valores que inspiran nuestro sistema que evidencia una carencia de madurez jurídica, y lo que es más grave aún, en normas “internacionales”. También merece reparos la “laguna” en que se ha dejado el problema de los matrimonios en fraude a la ley, pero, por el momento no podemos arrimar opinión alguna, ya que estimamos debe ser objeto de otro trabajo. Sirvan estas notas para alentar la investigación jurídica, que en materia de Derecho Internacional Privado, como enseñaba el ilustre maestro recientemente desaparecido, debe estar guiada por el respeto al elemento extranjero.

ORIGINALIDAD Y RECEPCION EN EL DERECHO (*)

*Miguel Angel CIURO CALDANI (**)*

**A la memoria de los recientemente
fallecidos profesores Werner GOLDSCHMIDT
y Carlos COSSIO**

1. El universo es un complejo en que cada parte se desarrolla por sí misma y recibiendo influencias de las demás. Esto ocurre también en el "mundo jurídico" en general y en relación con los diversos "órdenes" espaciales, de modo que resulta significativo reconocer los fenómenos de "originalidad" y de "recepcción", en un orden espacial, de las influencias de otros (1). Aunque en el infinito del universo todo puede ser comprendido como lo mismo y como diferente, el empleo de los fraccionamientos necesarios para constituir esas categorías de originalidad y recepción resulta significativo, sobre todo en marcos como el ámbito jurídico, donde la presencia de cierto grado de oposición es especialmente intenso e importante.

La problemática de la dinámica "originalidad-recepción" no es estudiada, sin embargo, con la frecuencia que merece, en parte porque su esclarecimiento científico puede conducir a descubrir fenómenos ilegítimos en que se benefician los países dominantes. Cuando dicha dinámica se desenvuelve de manera legítima, corresponde principalmente a relaciones de "coexistencia de unidades independientes" o incluso de "integración" de nuevas unidades; cuando es bloqueada indebidamente, hay "aislamiento" infundado y si la recepción tiene mayores alcances que los legítimos se producen la "dominación" y la "desintegración" del receptor. (2). Cuando la pretensión de originalidad es excesiva, hay "chauvinismo" y si la recepción se desborda de sus alcances legítimos hay colonialismo (3). El excesivo apego a la originalidad es "incestuoso" y la recepción desbordada lleva a la "disolución".

2. En la originalidad subyace la cuestión de la necesidad de "fecundación" cultural mediante el contacto de los diferentes Derechos, y en la recepción se presentan los pro-

(*) Ideas básicas para el curso del Ciclo de Orientación Definida "Originalidad y recepción en el Derecho argentino" que dictará el autor en la Facultad de Derecho de la U.N.R. (Teoría General del Derecho, entendida como "sistema jurídico").

(**) Investigador del CONICET.

(1) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero", en "Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial", 8, págs. 73 y ss.

(2) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

(3) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

blemas de la “transposición” de las soluciones, principalmente de su “adaptación” y de su “asimilación” en el Derecho receptor. A su vez, cuando no hay sólo “monorrecepción”, sino “polirrecepción”, o sea cuando se reciben elementos de diversos orígenes, hay necesidad de “ajuste” entre dichos elementos. Si países como el Nepal histórico evidenciaban una necesidad de “fecundación”, otros como Argentina son ejemplos de recepción frecuente y de orígenes diversos (v. gr. Derecho Constitucional estadounidense y Derecho Civil francés), con las consiguientes necesidades de adaptación, asimilación y ajuste.

La dinámica de la originalidad y la recepción sólo puede comprenderse debidamente en el marco de la plenitud de la cultura. Cuando en un país hay ciertos ideales, fundados o no, que convocan a una recepción, esto se debe con frecuencia a que ya se han recibido otros despliegues culturales de la vida del país que se toma como modelo (por ejemplo: la recepción de una respuesta jurídica suele ser consecuencia de la recepción en otras ramas de la cultura, religiosa, económica, etc.) Hay entonces, en esos otros despliegues, “pararrecepción”. Cuando la “pararrecepción” se muestra en aparente originalidad jurídica hay “criptorrecepción”.

La originalidad y la recepción deben reconcoerse en las tres dimensiones del mundo jurídico (sociológica, normológica y dikelógica), aunque en última instancia ha de comprenderse, según ocurre en definitiva con todo el Derecho y con la vida en su conjunto, al hilo de los valores en juego y del juego de esos valores. Importa, al fin, saber qué valores se desarrollan originariamente o se reciben y qué valores se realizan al desarrollarlos o recibirlos. Los infradimensionalismos jurídicos en general, y el normológico en especial, empobrecen la fuerza dramática y a veces trágica que anida en la dinámica “originalidad-recepción”, llamada a resolverse en el Derecho, en última instancia, en el valor justicia y en definitiva, en la cultura toda, según el más alto valor a nuestro alcance, que es la humanidad (el deber ser de nuestro propio ser).

3. En cuanto a la Jurística Sociológica, la originalidad y la recepción deben reconcoerse teniendo en cuenta, en relación con las adjudicaciones aisladas, el carácter propio o recibido de las diversas características de los repartos, o sea respecto a repartidores, recipientarios, objetos (potencias e impotencias), formas y razones (móviles, razones alegadas y razones sociales) y del ejercicio de la autoridad (realizador del valor poder) o del acuerdo (satisfactorio del valor cooperación). En relación con el orden de las adjudicaciones ha de considerarse el carácter propio o recibido de los supremos repartidores y los criterios supremos de reparto del plan de gobierno en marcha (realizador del valor previsibilidad) y de los modelos seguidos en la ejemplaridad (que satisface el valor solidaridad), o sea, en definitiva, del orden de los repartos (en que se realiza el valor homónimo, “orden”). La originalidad genera un orden más sólido; en cambio la recepción es una vicisitud de género “revolucionario” en el régimen receptor, que se perfecciona como tal si hay modificación en los supremos repartidores y en los supremos criterios de reparto, produciéndose anarquía en dicho orden receptor. Puede hablarse, al hilo de esta perspectiva, de revoluciones y anarquías originarias y recibidas.

Para que haya recepción, y no lisa y llana colonización, es necesario que los repartidores del régimen receptor conserven de cierto modo, por lo menos, su calidad de tales. La recepción se hace especialmente tensa en la medida que se “fracturan” las características de los repartos, de modo que unas se vinculan con un país y otras con otros: por

ejemplo, la inmigración en que se recibieron en Argentina muchos recipientes extranjeros hace (pese a las diferencias entre los países de origen de los inmigrantes —principalmente España e Italia— y de los Derechos recibidos) menos tensa la recepción del Derecho extranjero en cuanto a las otras características de los repartos; en cambio, la recepción argentina, sobre todo del Derecho Civil francés, es especialmente tensa en relación con los recipientes de la cultura gauchesca.

La recepción cabalmente tal, cuando se constituye como coexistencia de unidades independientes y a veces como integración, desenvuelve siempre un fenómeno de **autonomía** por acuerdo entre el país receptor y el de origen y de **ejemplaridad** en que la comunidad receptora sigue (mediante su plan de gobierno en marcha o una ejemplaridad interna) el modelo considerado razonable que se recibe del otro Derecho. Al hilo de esa autonomía y de dicha ejemplaridad se satisfacen los valores cooperación y solidaridad en el marco internacional. En cambio, en otros casos se trata de despliegues de la autoridad y la planificación gubernamental en marcha del país dominante que impone su Derecho, realizándose los valores poder y previsibilidad. Al hilo de la recepción en sentido amplio se incrementa el orden “internacional”, sea éste coexistencial, integrador, colonial o desintegrador.

La originalidad y la recepción pueden tropezar con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas y así cabe recordar la importante resistencia japonesa al Derecho Occidental, sobre todo en su versión afrancesada; el éxito relativo de la recepción en países como Argentina, e incluso la situación de cierta “anomía” producida en países africanos donde el ingreso del Derecho Occidental destruyó las pautas autóctonas sin obtener su propio arraigo. En todo caso, han de tenerse en cuenta las dificultades para el desarrollo ilimitado de la originalidad y para influir, por recepción jurídica, en el complejo de fuerzas que intervienen en la vida.

4. En cuanto a la **Jurística Normológica**, la originalidad y la recepción pueden referirse a normas, a principios de normas o a meros criterios, considerados aisladamente o en conjuntos meramente ordenados o sistemáticos. A su vez, la originalidad y la recepción pueden hallar albergue en diferentes partes de las normas y en distintos sectores del ordenamiento normativo. Cabe señalar, por ejemplo, que la recepción puede producirse en las características positivas y en las características negativas de los antecedentes y, también, en las características positivas y en las características negativas de las consecuencias jurídicas de las normas. Para que haya una recepción en sentido estricto resulta especialmente significativo que las características negativas de los antecedentes y las consecuencias jurídicas den algún cauce a la originalidad. A su vez, la recepción puede albergarse en diferentes sectores, más o menos “públicos” o “privados” y más o menos “altos” o “bajos” de la “pirámide” normativa. La recepción en el Derecho Público parece más difícil de asimilar en la realidad que la del Derecho Privado, y la recepción en niveles altos es más fácil técnicamente, pero más difícil fácticamente, que la recepción en niveles bajos de la “pirámide”. Respecto del Derecho en cuestión, puede señalarse que en general, a diferencia de la originalidad, la recepción dificulta la realización de los valores fidelidad y exactitud de las normas y del ordenamiento y que la exactitud se hace especialmente difícil en el Derecho Público y en los sectores altos. Sobre todo, la recepción suele inspirarse en el deseo de integrar nuevos sentidos a la realidad de la vida, poniéndose en juego la realización del valor adecuación.

La recepción supone una normatividad basada en el método indirecto que no es siempre formulada, mediante la cual se hace remisión al Derecho tomado como modelo (son diferentes, por ejemplo, los casos de la recepción formal a libro cerrado del Derecho argentino en Paraguay y del de recepción ideológica parcial del Derecho francés en Argentina). En el cauce de esta normatividad de método indirecto se suscitan problemas relativamente análogos a los descubiertos en los “conflictos de leyes” del Derecho Internacional Privado, es decir que hay, por ejemplo, cuestiones de calificación, de cuestión previa, de fraude a la ley, de reenvío y de “orden público” (o sea de “rechazo”). (4). Sin embargo, en este “extraterritorialismo ilimitado” (5), donde no hay elementos extranjeros relevantes, la principal orientación ha de ser (a la inversa del Derecho Internacional Privado, que pone límite a la originalidad mediante la imitación del Derecho extranjero a fin de respetar al elemento extranjero), la **protección** del elemento nacional. Cuando esta protección no se realiza en la medida debida, la recepción no es cauce de coexistencia o integración, sino de colonialismo y desintegración.

La originalidad presenta una tarea de interpretación más fácil, porque no “divide” los despliegues del papel del repartidor y no distancia a la comunidad donde ha de aplicarse la norma respecto de la auténtica voluntad del autor; en tanto que la recepción hace que la interpretación tenga mayores obstáculos. A su vez, la originalidad desarrollada de manera extrema puede “cegar” frente a las carencias díkelógicas y la recepción incrementa las posibilidades de carencias históricas por novedad jurídica (necesidad de “asimilación”). Además, la originalidad facilita la aplicación, sea en el encuadramiento (por la mayor afinidad local entre los casos y las normas) como en la efectivización de las consecuencias jurídicas (por el mayor apoyo en los propios factores sociales); en tanto que la recepción hace que la aplicación sea más difícil.

Como las normatividades se valen de conceptos, cabe recordar al respecto las nociones de “idiogénesis” y “alogénesis”, “idioencracia” y “aloencracia”, que permiten reflejar si la producción o los contenidos son originales o recibidos (6).

La originalidad permite un despliegue más fácil del ordenamiento normativo, con los valores que le son inherentes, culminantes en la coherencia. En cambio, la recepción se apoya principalmente en las relaciones verticales de producción de normas, que realizan el valor subordinación; distancia los contenidos, respecto de esas relaciones de producción y de los otros contenidos, con especiales dificultades para la satisfacción de los valores ilación y concordancia y también genera obstáculos para las relaciones horizontales de producción, que realizan el valor infalibilidad. Se producen así, además, dificultades para la satisfacción del valor coherencia.

A diferencia de lo que ocurre en los Derechos en particular, en el nivel internacional

(4) Es posible c. CIURO CALDANI, “Hacia una teoría...”, cit., págs. 78 y ss.

(5) Puede c. CIURO CALDANI, “Métodos...”, cit.

(6) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones acerca de los conceptos jurídicos”, en “El Derecho”, t. 93, págs. 831 y ss.

la originalidad dificulta especialmente el logro de la fidelidad, distanciando a los intérpretes extranjeros de los autores nacionales interpretados (problema éste que se hace muy intenso en el juego del Derecho Internacional Privado), aunque, en correspondencia con lo que sucede en los marcos nacionales, puede permitir mayor exactitud. En cambio, la recepción incrementa las posibilidades de la fidelidad (porque se forman "familias" de Derechos), obstaculizándose por su parte la exactitud. La originalidad da menos posibilidades a la coherencia internacional, sobre todo por las diferencias de contenidos de las normas, en tanto que la recepción incrementa, por esa misma vía de los contenidos —que se asemejan— las posibilidades de la coherencia.

5. En relación con la Jurística Dikelógica, la originalidad y la recepción significan el juego de posibilidades de desarrollo o de integración del complejo valorativo respecto de diferentes valores o de distintas fórmulas para su realización. En general, las diversas posibilidades valiosas del Derecho y sobre todo las diferentes perspectivas de la justicia pueden realizarse a través de la originalidad o de la recepción. La originalidad y la recepción son vías posibles para unas y otras y, como tales, sólo les son inherentes valores relativos, en tanto que el valor absoluto justicia puede exigir, según las situaciones, diferentes combinaciones al respecto.

La originalidad es especialmente afín a la justicia absoluta, en tanto que la recepción suele apoyarse más en la justicia relativa; la primera guarda más correspondencia con la facilidad para la justicia general (o legal), en cambio la segunda guarda más vinculación de viabilidad con la justicia particular (de aquí las mayores posibilidades de desarrollar con originalidad el Derecho Público y con recepción el Derecho Privado).

El desarrollo de la originalidad "fracciona" los despliegues de justicia que podrían tenerse en cuenta mediante la recepción del Derecho extranjero y, en consecuencia, produce más seguridad jurídica. La recepción significa cierto "desfraccionamiento", porque no se limita a los despliegues de justicia tenidos en cuenta en el Derecho propio y, como tal, genera inseguridad. Del "desorden" y la "inseguridad" introducidos en la vida gauchesca por la recepción se lamenta, en 1872, "Martín Fierro", cuando dice: "Yo he conocido esta tierra/ en que el paisano vivía/..." (I, 133/134). (7)

La originalidad encuentra su más directo apoyo dikelógico en la unicidad de cada hombre y cada pueblo; en tanto que la recepción se fundamenta cuando está en juego la igualdad. Como todos los hombres somos únicos e iguales, originalidad y recepción deben combinarse debidamente con miras a la plena personalización. Por el contrario, la originalidad se torna injusta cuando pueden recibirse soluciones extranjeras superiores valiosas en nuestra situación, porque somos iguales a los extranjeros, y la recepción es "desvaliosa" cuando ignora los valores distintos que nos corresponde realizar en nuestra propia situación. El Derecho Internacional Privado, que debe servir a la unicidad, es marco para la originalidad; el Derecho Uniforme, que ha de servir a la igualdad, es frecuente resultado de la recepción.

(7) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del 'Martín Fierro'" Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984.

El desarrollo de la originalidad tiende a proteger contra los demás individuos. La recepción por ejemplaridad interna ampara al individuo frente al régimen y en general la recepción protege contra las características de la propia individualidad.

Originalidad y recepción son, en definitiva, manifestaciones de la dinámica del "Derecho Universal" (8), que —como ya señalamos— deben contribuir a la realización plena de la justicia —único valor absoluto del marco jurídico— y del valor supremo a nuestro alcance, que es la humanidad.

(8) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

En cuanto al marco teórico en que se apoyan estas ideas v. la exposición de la teoría trialista del mundo jurídico efectuada principalmente en GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., 1976. También puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y Política", Bs. As., Depalma, 1976; "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-84; "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985 "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986. Respecto a la comprensión del Derecho en relación con los valores, existen al respecto significativas afinidades con la teoría egológica elaborada por Carlos Cossio.

Una bibliografía complementaria sobre la recepción puede obtenerse en base a los datos de la excelente obra de A.C. PAPACHRISTOS "La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie Juridique", Paris, L.G.D.J., 1975, págs. 145 y ss.