



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

Diciembre 1993

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

CONSEJO DIRECTIVO

Por los Directores de Instituto, Departamentos y Cursos de Doctorados:

Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO y Dr. JUSTO LOPEZ

Suplente:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Por los profesores titulares:

**Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JOAQUIN R. LEDESMA**

Suplentes:

**Dr. OSCAR AMEAL, Dr. JOSE OCTAVIO CLARIA,
Dr. JULIO M. OJEA QUINTANA**

Por los profesores protitulares y adjuntos:

Dr. ERNESTO B. POLOTTO

Suplente:

Dr. GERARDO DONATO

Secretario Académico:

Lic. ROBERTO EDUARDO ARAS

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Secretario de Redacción:

Dr. SANTIAGO M. SINOPOLI

Junta Asesora:

**Monseñor Dr. NESTOR D. VILLA, Dr. HUGO R. CARCAVALLO,
Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JOAQUIN RAFAEL LEDESMA, Dr. NESTOR P. SAGÜES,
Dr. JOSE O. CLARIA, Dr. GERARDO DONATO, Dr. CARLOS STORNI**

PRUDENTIA IURIS

(JURISPRUDENCIA)

NUMEROS 32-33

DICIEMBRE 1993

SUMARIO

<i>Raúl Alberto Ramayo: Elementos para una definición del Derecho Internacional Privado</i>	5
<i>Raúl Alberto Ramayo: Elementos para determinar la jurisdicción ius privatista internacional</i>	35
<i>Zulema Wilde: Mediación: Elabore y decida su propia solución</i>	79
<i>Pablo Andrés Palazzi: Contratos informáticos en la Argentina</i>	83
<i>Flavio F. Agatiello Piñero: El honor y la censura: ¿una contradicción?</i>	97
<i>Pbro. Ignacio Andereggen: La filosofía del derecho de Hegel y el catolicismo</i>	103
<i>Mons. Dr. Franco Biffi: El arte político de los cristianos para la construcción de la ciudad del hombre</i>	117
<i>Alfredo Grieco y Bavio: Servio Tulio, rey censor</i>	127
<i>Héctor H. Hernández: Una cuestión filosófica en el quinto centenario: ¿Fue legítimo el imperio hispánico en América?</i>	141

*Reg. Nac. de la Prop. Intelectual N° 83289.
Queda hecho el depósito que marca la ley.*

ELEMENTOS PARA UNA DEFINICION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

RAÚL ALBERTO RAMAYO

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE INCURSIÓN EN LA CIENCIA DEL DERECHO. SUS RAMAS. III. EL DIPr COMO RAMA AUTÓNOMA. A. Conceptos de los Derechos Privado y Público. B. Los casos ius privatistas internacionales o multinacionales. 1. Noción. 2. Idea histórica de lo *internacional*. 3. *Del ius gentium a Savigny*. IV. EL CASO IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL Y SUS SOLUCIONES (ÉPOCA POS-SAVIGNY). A. Territorialismo absoluto y totalizador. B. Territorialismo limitado y relativo. C. Territorialismo como base en la jurisdicción internacional del juez. D. Territorialismo diferenciador. E. Extraterritorialismo. F. Para-estatismo. 1. La autonomía de la voluntad de las partes. 2. Renacimiento de la *lex mercatoria*. V. LA ESTRUCTURA FORMAL DE LAS NORMAS QUE DESCRIBEN EL CASO IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL Y SUS SOLUCIONES JURÍDICAS. NORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS. A. Consideraciones sobre las normas directas e indirectas. B. Las soluciones jurídicas del caso ius privatista internacional y las clases de normas que las captan. 1. Territorialismo absoluto y totalizador: norma indirecta unilateral de carácter general. 2. Territorialismo limitado y relativo: norma indirecta unilateral de carácter específico. 3. Territorialismo con base en la jurisdicción internacional del juez. Norma indirecta unilateral. 4. Territorialismo diferenciador: norma directa. 5. Extraterritorialismo: norma indirecta. 6. Para-estatismo: normas directas, materiales o sustanciales (no son autosuficientes). VI. DERECHO INTERNO, DERECHO CONVENCIONAL (TRATADOS) Y DERECHO COMUNITARIO. A. Derecho interno y Derecho Convencional (Tratados). B. Derecho comunitario. VII. PORCIÓN DEL MUNDO JURÍDICO (OBJETO, MÉTODOS, JUSTICIA) QUE CORRESPONDE AL DIPr. A. El DIPr según la naturaleza de las normas que comprende. 1. Teoría monista. 2. Teoría pluralista. 3. Teoría finalista. B. El DIPr según las materias reguladas por sus normas. VIII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL CAPÍTULO VII ANTERIOR. A. Respecto de las normas indirectas y directas y la justicias de sus soluciones. B. Respecto de las materias reguladas por las normas del DIPr.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Privado, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, inició su consideración científica como una rama autónoma del Derecho. A su autonomía doctrinaria se le fueron sumando, paulatinamente, su autonomía académica o universitaria y legislativa ¹.

Sin embargo, no podemos afirmar que el transcurso del tiempo haya consolidado el universo de su contenido de manera pacífica y uniforme. A ello cabe agregar que sólo en las últimas décadas el *fenómeno de los casos o asuntos internacionales* ha perforado la coraza de ciertos especialistas jurídicos. El mayúsculo incremento que han alcanzado las relaciones privadas internacionales (particularmente el tráfico comercial y financiero) ha determinado que el aludido *fenómeno* haya comenzado a instalarse, cada vez con más potencia, en la conciencia social. Este pausado desplazamiento hacia lo social también ha sido vivido e internalizado por la añeja enseñanza y praxis del Derecho, hasta entonces con centro de gravedad en los casos y en el Derecho nacionales.

Dice con acierto Françoise Rigaud: "las principales técnicas utilizadas por el derecho internacional privado son peculiares en esta disciplina. Son, pues, nuevas para el estudiante y su complejidad desconcierta a muchos juristas prácticos, hábiles, sin embargo, en la aplicación del derecho interno a las situaciones que no contienen ningún elemento extranjero" ².

Nos proponemos dar una visión global del contenido del DIPr, con especial mención de sus más notorios aspectos controvertidos (v. cap. VIII-B). Estos aspectos, por supuesto, por su complejidad y trascendencia, son acreedores de un análisis y estudio particularizado. Pero ese estudio y análisis sólo son posibles a partir de que los citados aspectos sean primeramente ubicados, orgánicamente, dentro del sistema que integran. Las partes de un todo únicamente cobran su verdadero sentido cuando se sabe de qué unidad son constitutivas y qué rol juegan en ella. Este ensayo apunta monopólicamente en esa dirección.

II. BREVE INCURSIÓN EN LA CIENCIA DEL DERECHO. SUS RAMAS

La ciencia del Derecho, al igual que las otras ciencias teórico-prácticas, se nutre primariamente de la realidad. La diferencia específica que la caracteriza y que, a la par, la distingue de las demás ciencias hermanas, consiste en que esa realidad se recorta para la ciencia del Derecho (objeto formal específico) en la suma de los hechos de la naturaleza y en los actos del hombre, que generan la adquisición, modificación, transferencia, conservación o extinción de derechos y obligaciones (Cód. Civil, art. 896 y ss).

¹ v. GOLSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, BsAs., 5ª edición, p.19 y ss.

² *Derecho Internacional Privado (Parte general)*, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p.35.

El Derecho es, entonces, un mundo en el que conviven necesariamente y en permanente interacción ³:

1. La realidad, concretada en la multiplicidad de las relaciones y situaciones derivadas de los hechos de la naturaleza y de los actos del hombre.

2. Los valores, fundamentalmente la JUSTICIA, que, atendiendo a esas relaciones y situaciones, se consideran determinantes para configurar la adquisición, etc. de derechos y obligaciones.

3. Las normas escritas o consuetudinarias, que constituyen el vehículo mediante el cual una comunidad expresa la existencia e imperatividad de los derechos y obligaciones, que se atribuyen a los protagonistas de las relaciones y situaciones mencionadas en el anterior punto 1. en función del sentido de JUSTICIA que sustenta la comunidad, la cual debe tener siempre en la mira el apetecible ideal de Justicia (Dikclogía).

Los interrogantes básicos y esenciales del vasto mundo de la ciencia del Derecho abrevan sus respuestas en la Filosofía del Derecho, la que nos proporciona la evidencia cabal de su unidad científica. A partir de allí resulta inteligible el fraccionamiento del Derecho en zonas que reclaman una gnosis y una praxis especial y diferenciada. La imagen más común que se ha utilizado para graficar lo apuntado es la de considerar al Derecho como un robusto tronco, cuya fertilidad da nacimiento a numerosas y atraentes ramas. La sola lectura de un programa de estudios de una Facultad de Derecho es un claro ejemplo de ello. Es decir, la unidad contiene a la diversidad.

El sistema continental europeo, de tradición romanista (que también es el nuestro), a una primera gran división (grandes ramas) del Derecho en Privado y Público, le ha ido adicionando otras ramas (ramas contribuyentes), como los son para el Derecho Privado los derechos civil, comercial, laboral, etc., y para el Derecho Público los derechos constitucional, penal, administrativo, fiscal, etc. Este desgajamiento se encuentra en continua renovación y crecimiento.

III. El DIPr COMO RAMA AUTÓNOMA

Como lo dejamos expresado más arriba, el DIPr tiene una indiscutida carta de ciudadanía como rama autónoma del Derecho.

Por lo tanto, un primer problema ineludible a encarar está dado por la delimitación de la fracción (zona) del amplio mundo del Derecho que le corresponde al DIPr.

A tal fin intentaremos la aproximación a la respuesta buscada de la manera que sigue.

Las relaciones y situaciones que constituyen el tejido del mundo de Derecho, y que en adelante también denominaremos casos, admiten *ad initio* una doble clasificación:

³ v. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Introducción Filosófica al Derecho (Teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes)*, Ed. Depalma, Bs. As., 4ª edición, 1973.

1. Por su naturaleza: siguiendo el sistema continental europeo, de tradición romanista, los casos pueden agruparse como pertenecientes al Derecho Privado y al Derecho Público ⁴.

2. Por el ámbito territorial donde acontecen: los casos se nos aparecen como nacionales e internacionales-multinacionales.

El DIPr, según se desprende de su propia denominación, recoge para sí los casos del Derecho Privado que tienen como matiz necesario su internacionalidad o multinacionalidad.

Los conceptos de Derecho Público y de Derecho Privado asumen, pues, una importancia capital. Vamos pues hacia ellos.

A. Conceptos de los Derechos Privado y Público

La doctrina, aunque con sus habituales y naturales disidencias, ha procurado elaborar criterios (teorías) que permitan delinear los contornos de la materia (casos) que corresponden privativamente a los Derechos Privado y Público. La cuestión, que hunde sus raíces en el pasado romano, no ha perdido actualidad.

Como en toda dicotomía, es dable encontrar una materia (casos) cuya pertenencia a los Derechos Privado y Público no ofrece discrepancias. Están dentro de lo que podríamos catalogar como zonas donde impera el consenso (vgr. matrimonio para el Derecho Privado, delito para el Derecho Público). También encontramos zonas donde las opiniones se dividen ⁵.

Esta falta de unanimidad no debe paralizarnos. Por el contrario, es típica de todos los conceptos culturales ⁶. Inclusive forma parte ineludible del mundo de los valores (axiología). Junto a la diversa jerarquía de los valores, juega un rol preponderante su bipolaridad (vgr. justicia-injusticia, bondad-maldad, valentía-cobardía) que deriva en la admisión de la gradualidad de los valores (vgr. soluciones más justas o menos justas), como asimismo en esa afanosa búsqueda que ya preocupaba a Aristóteles del *justo medio* ⁷.

Por eso no puede prescindirse de la propia cosmovisión, la cual, utilizando palabras del filósofo español Ortega y Gasset, es un horizonte de creencias que nos sirve de albergue ideológico final. Esta cosmovisión abarca de suyo a la parcela del Derecho donde la diversidad de opiniones puede convertirse en la regla, y la tolerancia mutua irrumpir como una exigencia inexcusable. El fanatismo es la contrapartida.

⁴ V. DAVID, RENÉ, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, Ed. Aguilar, 2ª edición, p.62 y ss.

⁵ V. DAVID, RENÉ, ob. y ps. citadas; Rigaud, François, ob. cit., p.59 y ss.

⁶ ADOLFO DE OBIETA nos dice que el "...gramático romano Varrón había descubierto 228 significados diferentes para la palabra *bueno*, lo que paradójicamente, por exceso de acepciones, viene a decir que no sabemos qué significa ese adjetivo, aunque cada diccionario simplificará el asunto a su manera". (LA NACION-Cultura, 16 de febrero de 1992, p.6.

⁷ V. FRONDISI, RISIERI, *¿Qué son los valores?*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México-BsAs., 1962, p.13 y ss.

En la medida de que nuestra cosmovisión y, específicamente nuestra cosmovisión jurídica, sea razonablemente fundada y respetuosa, es lícito que la sostengamos y que tratemos de expandirla a través del convencimiento de los demás.

En síntesis, el concepto que se tenga de los Derechos Privado y Público dependerá, en definitiva, que una determinada materia (casos) se considere como patrimonio de uno o de otro Derecho (vgr. radicación de capitales extranjeros ⁸, transferencia de tecnología ⁹). Si ponemos el acento en la libertad individual, crecerá la zona del Derecho Privado; si el pivote es en cambio el interés colectivo, se agrandará el perímetro del Derecho Público.

Para completar este tema, creemos oportuno no dejar pasar por alto lo siguiente:

1. Las ramas del Derecho Privado, por razones metodológicas, pueden contener en su sistema normativo disposiciones de Derecho Público, y, a la recíproca, las ramas del Derecho Público pueden acoger preceptos del Derecho Privado. Practicar las pertinentes distinciones es una tarea ineludible del jurista.

2. El Derecho Público no debe confundirse con el orden público nacional e internacional, ya que este último tiene una significación superlativa en el campo del Derecho Privado, particularmente en su relación con la autonomía de la voluntad y con la aplicación del derecho extranjero ¹⁰.

B. Los casos ius privatistas internacionales o multinacionales

1. Noción

Señalábamos más arriba que los casos que interesan al mundo jurídico son aquéllos que engendran la adquisición, modificación, transferencia, conservación y extinción de derechos y obligaciones.

Todo caso, sea nacional o internacional, nos embreta en dos carriles que responden a una disímil y entrelazada problemática.

El primer carril procura satisfacer el interrogante: ¿Qué Derecho rige el caso, en punto a determinar todo lo que concierna a la adquisición, etc. de derechos y obligaciones? (problema del Derecho de fondo o sustantivo).

El segundo carril conduce a contestar: ¿Qué tribunal es competente para dirimir un

⁸ v. BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, 2ª edición, Bs.As., 1983, t.I, p.135; di Giovan Battista, Ileana, *Pautas para un marco normativo para la inversión extranjera*, LA LEY, del 12/9/89 y *Derecho Internacional Económico*, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As., 1992, p.273 y ss.

⁹ v. BOGGIANO, ob. y p. citadas; Zorroaquin, Ernesto A., *Proyecto de ley del Poder Ejecutivo sobre régimen de patentes de invención y modelos de utilidad*, EL DERECHO del 5/6/92.

¹⁰ v. GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Notas acerca del orden público: sus fundamentos y funciones*, Rev. PRUDENTIA IURIS, Uca-Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Bs.As., abril 1983, p.113 y ss.

conflicto que se suscite, a raíz de desembocar el caso en una situación de derechos y obligaciones contrapuestos? (problema del Derecho procesal o adjetivo). (v. cap. VII-B)

Las respuestas son distintas —lo veremos más adelante— según que los casos pertenezcan al Derecho Privado o al Público.

Nuestra preocupación, en este ensayo, se centra en los casos del Derecho Privado (casos ius privatistas) que revistan la calidad de internacionales, y en su relación con el primero de los interrogantes (¿Qué Derecho rige el caso?).

Es ya clásica la distinción referida a los elementos personales (vgr. domicilio, nacionalidad, residencia), reales, (los bienes y su localización) y conductistas (comportamiento de los involucrados) que conforman todo caso.

Cuando los diferentes elementos que integran el caso están emplazados, se desarrollan o concretan en un país, el caso se nos aparece como nacional. En cambio, si esos elementos se emplazan, desarrollan o concretan en más de un país, el caso deviene en internacional o multinacional (el elemento es internacional).

La expresada diferenciación entre los casos nacionales e internacionales es insuficiente si no se la completa con otro razonamiento. Para ello resulta de utilidad partir de una pregunta: ¿basta la presencia de un elemento internacional (personal, real o conductista) para que el caso que lo contenga sea internacional?

Si la respuesta fuera afirmativa, nos hallaríamos ante la posibilidad de que exista un caso internacional objetivo, algo similar al *delito natural* que rastreaba la escuela determinista del Derecho Penal ¹¹.

Lo cierto y corriente es que un caso es o no internacional según la perspectiva del sistema normativo (Derecho) que lo califique, sistema que, por otro lado, puede variar de criterio en función de la época (vgr. la nacionalidad como elemento que internacionalizaba el caso con arreglo a las Reglas Generales que precedían al Código de Comercio, elaborado el siglo pasado por Vélez Sarsfield y Acevedo y que fue ley de la República —año 1862— fue sustituida por el elemento personal *domicilio* en el Código Civil).

En un caso donde aparezca, vgr. un protagonista o un lugar de celebración extranjeros, un sistema jurídico (Derecho) podrá considerar a esos elementos como internacionales y por ende aptos para producir efectos o consecuencias jurídicas especiales; en tanto que otro sistema no les acordará relevancia jurídica alguna y lo tratará como un caso nacional.

Aun en el supuesto de que a través de un Derecho convencional (Tratado) universal se uniformaron los elementos que han de dar *internacionalidad* al caso, esta *internacionalidad* no será *en sí* objetiva, sino derivada de un derecho universal uniforme que así lo dice y que, con el tiempo, puede ser modificado.

Si bien es cierto que la decisión que una comunidad adopta sobre un determinado elemento le puede dar al caso su condición de nacional o multinacional, no debemos perder

¹¹ V. SOLER, SEBASTIÁN, Derecho Penal Argentino, Ed. LA LEY, Bs.As., 1945, t.I, p.231 y ss.

de vista que esa decisión no puede ser arbitraria, o sea carente de todo fundamento razonable. Precisamente el mundo del Derecho, como dijimos antes, incluye, necesariamente, la realización de valores, cardinalmente la JUSTICIA ¹². Por eso Savigny, en esta materia, pensaba en una determinación de carácter universal, como forma de evitar que cada Estado imponga unilateralmente su propio criterio.

2. Idea histórica de lo "internacional"

La expresión *internacional* (o multinacional) supone de manera preliminar la presencia de lo *nacional*, esto es de las *naciones* y, luego, en segundo término, la interrelación que, natural y lógicamente, debe darse entre ellas.

La noción de *nación* como entidad política comenzó a perfilarse en Europa en el siglo XVI y se desarrolló asociada al concepto de *soberanía* que mentaba al poder político que poseían. Tal *soberanía* se consustanciaba con la capacidad de la nación para autodeterminarse, con exclusión de todo otro poder político (*summa potestas*) ¹³. Incluso todavía conserva vigencia, como máxima y slogan, aquello de que el Estado es la nación jurídicamente organizada. Aunque discutible, el concepto de *nación* cuenta en el campo político con una fuerte instalación histórica. Se lo utiliza para denominar a nuestro país (Constitución Nacional, art. 35); asimismo la primera organización mundial se llamó *Sociedad de las Naciones* y la actual, *Naciones Unidas*. Hay quienes sostienen que la *nación* queda fuera del ámbito constitucional ¹⁴.

Con anterioridad a la existencia de las naciones, el devenir histórico nos muestra al hombre vinculado, en una especie de particular pertenencia, a alguna comunidad estatal ¹⁵.

Cada una de estas comunidades tenía su propio y privativo sistema u ordenamiento jurídico (Derecho). Piénsese en las ciudades de la antigua Grecia o en las ciudades europeas de la Edad Media con sus Estatutos. Así como el gentilhomme de Moliere escribía en prosa sin saberlo, estos sistemas u ordenamientos jurídicos eran *soberanos*, aunque los gobernantes de entonces no lo expresaran con esta palabra.

¹² Dice BIDART CAMPOS, GERMÁN J.: El principio de razonabilidad de las leyes que la doctrina argentina hace surgir fundamentalmente del art. 28 de la Constitución y que puede denominarse también como debido proceso *sustantivo*, es un principio material o de contenido, que viene a exigir a las leyes un contenido razonable. Lo razonable se opone a lo arbitrario y remite a una pauta de justicia, con la que se completa el principio de legalidad —que es de forma— para componer uno solo, cuyo enunciado sería el siguiente: "nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley *razonable* no manda, ni privado de lo que la ley *razonable* no prohíbe". (*La Corte Suprema*, Ed. Ediar, Bs.As., 1984, p.108).

¹³ v. BIELSA, RAFAEL, *Derecho Constitucional*, Ed. Depalma, Bs.As., 2ª edición, 1954, p.99 y ss.; Kelsen, HANS, *Principios de Derecho Internacional Público*, Ed. El Ateneo, Bs.As., 1965, p.376 y ss.; ROUSSEAU, CHARLES, *Derecho Internacional Público*, Ed. Ariel, Barcelona, 3ª edición, 1966, p.94.

¹⁴ v. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Derecho Constitucional*, Ed. Ediar, Bs.As., t.I., 1968, p.300 y ss.

¹⁵ v. HERROU ARAGÓN, JOSÉ MARIA, *Historia de las instituciones políticas*, Ed. Colmegna, Santa Fe, 1947, 2ª edición.

Aunque no con la característica y la intensidad de los tiempos actuales, la conexión entre las comunidades como tales (hasta la guerra fue una forma común de esa conexión) como de los hombres que las componían, era inevitable.

Es evidente entonces —y la Historia lo atestigua— que antes de la existencia de las *naciones* propiamente dichas, las relaciones privadas de los hombres podían constituir relaciones en las que aparecían ligados dos o más sistemas jurídicos estatales. El *caso internacional* tomaba el ropaje de un *caso inter-sistemas jurídicos estatales*. La incipiente y reducida presencia de este tipo de casos fue creciendo poco a poco. No se trataba de un hecho aislado (extraordinario) que se agotaba en sí mismo, sino que expresaba la floración de una nueva realidad, con definida tendencia a exponenciarse.

Toda nueva realidad obliga a preguntarse qué se hace con ella. Aquí se transitó con arreglo a fórmulas que vienen de antiguo, pero que no pueden calificarse como arqueológicas porque aún perduran y se emplean.

a. fórmula 1: consiste en negar la nueva realidad (lo nuevo al principio desconcierta) e incautarse de los casos bisoños adicionándolos a la realidad ya existente, a la cual se sacraliza. En un forzado reduccionismo, no se hacen distinguos entre el *caso de un sistema jurídico* y el *caso inter-sistemas jurídicos*. Y algo más, el que no tiene pertenencia a una comunidad estatal puede llegar a ser un paria sin derechos. Recuérdese en la antigua Grecia lo que significaba para el ciudadano ateniense ser condenado al ostracismo (destierro).

b. Fórmula 2: es un avance a medias. Se reconoce la nueva realidad, pero se le niegan soluciones propias. Las viejas soluciones se apoderan de los casos nuevos.

c. fórmula 3: es la más abierta. Admite la nueva realidad (la diversidad dentro de la unidad) y, consiguientemente, la necesidad de elaborar un repertorio de soluciones apropiadas, que acorte la asimetría que normalmente se da entre el surgimiento del problema y su respuesta. La nueva realidad es tan sólida y robusta que, por su masividad, se impone por sí misma, forzando la creación de soluciones inéditas.

Por supuesto, la fórmula 3, que supera la inercia jurídica y reconoce su dinámica, fue en definitiva la exitosa, y su evolución, comparable a la paciencia de un artesano, ha sido lenta, difícil, pero ineludible.

3. Del *ius gentium* a Savigny

Veamos a grandes rasgos algunos hitos seleccionados en esa evolución:

Nuestra recorrida se detiene, por su alto voltaje atractivo, en el *ius gentium* romano, por el cual se procuraba solucionar la situación que emergía de las relaciones que se trababan con y entre los habitantes del imperio que estaban marginados del *ius civilis*, de aplicación exclusiva a los ciudadanos romanos. Lo *extranjero* demandaba una solución diferenciada, y así lo reconocieron normativamente los gobernantes romanos.

Más tarde, el comercio entre las distintas comunidades europeas (las cruzadas al Santo Sepulcro tuvieron una notable influencia) empezó a generar una nueva clase de regulación (piénsese en las ciudad de Venecia y Florencia en los siglos XII y XIII). El tránsito de los

comerciantes de una comunidad a otra para la concreción de sus negocios, particularmente focalizados en las ferias, marcó el nacimiento de la *lex mercatoria*, mediante la cual los negocios que no eran locales quedaban sujetos a una legislación de fondo (sustantiva) y a una jurisdicción propias, que fue adquiriendo la calidad de un derecho uniforme que operaba al lado de los sistemas jurídicos de cada comunidad ¹⁶.

Con la glosa de Acurcio (1228) gran parte de la doctrina considera que asoma el embrión de una nueva forma de solución de los *casos inter-sistemas* (casos interestatutarios).

En efecto, con arreglo a esta glosa, para determinados tipos de supuestos, como lo son las cuestiones personales y privadas, no reales (bienés), se admite que el juez de una comunidad (Módena), al resolver un caso, puede dejar de aplicar su propio sistema jurídico (Derecho), para aplicar en su lugar el sistema jurídico (Derecho) de otra comunidad (Bolonia), en la que el caso tiene su pertenencia.

Este paso es ciclópico, en punto a la relación *autoridad de una comunidad y sistema jurídico (Derecho) que aplica* para resolver los casos. La postura de que la autoridad sólo aplica su sistema jurídico (Derecho) empieza a perfilar una audaz variante que consiste en aceptar que en determinados supuestos que no sean estrictamente locales, una autoridad puede aplicar un sistema *ius privatista* que no es el propio.

Con ello ingresa en la escena jurídica lo que comúnmente se denomina la extraterritorialidad del Derecho Privado.

La concepción extraterritorial, al dar sus primeros pasos, dejó en descubierto dos cuestiones que fueron eje de su movilización.

En primer lugar, la preocupación apuntó a precisar qué porción del Derecho Privado de un sistema jurídico estatal podía revestir la calidad de extraterritorial. Los esfuerzos fueron múltiples, pero la teoría que más eco tuvo fue la de distinguir los Estatutos Personales, en sí extraterritorialistas, de los Estatutos Reales, en sí territorialistas. El empeño de los juristas, si bien enjundioso, no logró el resultado apetecido. Los criterios empleados para deslindar qué materia (derechos y obligaciones) formulaba el ámbito de cada Estatuto, no lograron un consenso aceptable, a punto de qué, con el tiempo, perdieron espacio como método autónomo del DIPr ¹⁷.

La segunda cuestión tuvo bastante que ver con la reticencia de las comunidades estatales (y más luego, con las emergentes naciones europeas que querían consolidar su identidad) en aplicar un Derecho foráneo.

Así, se estimó que era potestativo de las comunidades estatales (naciones), según razones de conveniencia, aplicar o no un Derecho extranjero (teoría de la comitas). Campea aquí también la idea de la reciprocidad ¹⁸.

¹⁶ V. DAVID, RENÉ, ob. cit., p.257; Vítolo, Daniel, *Lex Mercatoria*, Ed. Astrea, Bs.As., 1988.

¹⁷ V. ORUE Y ARREGUI, JOSÉ RAMÓN DE, *Manual de Derecho Internacional Privado*, Ed. Reus, Madrid, 1952, 3ª edición, p. 349 y ss.

¹⁸ V. RIGAUD, FRANÇOIS, ob. cit., p.115.

La concepción de la extraterritorialidad del Derecho privado encuentra en el siglo XIX en el gran jurista Federico Carlos von de Savigny a su más elocuente expositor y paladín ¹⁹. Le extraemos tres puntos claves:

a. La idea de la comunidad jurídica de las naciones. La realidad nos muestra: (1) La multiplicidad de las relaciones que entrelazan a los pueblos de occidente (a su gente) con un nivel análogo de civilización; (2) a través de esas relaciones también se vinculan necesariamente los derechos y obligaciones de las personas, generándose una comunidad jurídica de derechos y obligaciones típicas y distintas. Ello no puede menos que fortalecer el natural acuerdo de las naciones (estados) para aceptar que se apliquen en sus respectivos territorios las leyes extranjeras. Tal acuerdo es el reflejo del Derecho y no de la voluntad benevolente de los Estados (rechazo de la teoría de la comitas) ²⁰.

b. Mientras se siga aguardando la unificación del Derecho Privado, la relación jurídica (caso ius privatista) reclama ser resuelta por el Derecho donde tiene su asiento (sede), esto es, por el Derecho nacional o extranjero, más conforme con la naturaleza propia y esencial de cada relación. La teoría de los Estatutos pasa al archivo. Los casos se analizan según las categorías ya vigentes en el Derecho Privado, con la central preocupación de buscar su asiento (sede), que es lo que nos conectará con el Derecho aplicable. La norma de colisión o de conflicto, que con más precisión rebautizó el gran maestro Goldschmidt como *norma indirecta* es el instrumento legal adecuado para ello. Según Savigny puede haber más de una jurisdicción competente para entender en un caso, pero sólo un Derecho es el que debe regularlo. El asiento (sede) de la relación (caso) es el que define si es o no internacional.

c. La comunidad jurídica de las naciones, en virtud de la cual debe aceptarse por un Estado la obligación de aplicar un Derecho extranjero, reconoce excepciones. Con estas excepciones calma la prevención de los Estados tan celosos en la aplicación de su propio Derecho y del resguardo de su identidad (exaltación de su soberanía). Savigny afirma que la obligatoriedad de aplicar un Derecho extranjero cesa: (1) cuando ese Derecho extranjero se contrapone a las leyes del Estado rigurosamente obligatorias o prohibitivas; (2) cuando contiene instituciones cuya existencia no es reconocida en el Estado. En estas dos excepciones abreva uno de los aspectos más ricos del DIPr: el orden público internacional ²¹.

¹⁹ *Sistema de Derecho Romano actual (System des heutigen Römischen Rechts)*, tomo VIII, traducción castellana de la traducción francesa de M.Ch.Guenoux, efectuada por Jacinto Mesia y Manuel Poley, Madrid, 1979.

²⁰ Un problema conexo al de la obligatoriedad de la aplicación del Derecho extranjero es el de su introducción en el proceso judicial. Las teorías van desde el criterio dispositivo (a instancia y prueba de las partes - Cód. Civil, art. 13) al criterio de aplicación de oficio (Protocolos de los Tratados de Montevideo, en ambos el art. 2), o el intermedio (Cód. de Procedimientos en materia Civil y Comercial, art. 377). v. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M., *Aplicación del Derecho extranjero de oficio*, LA LEY del 19/1/84; FINOCHIETTO, CARLOS EDUARDO, *El derecho extranacional en el proceso*, LA LEY del 10/9/79.

²¹ v. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M. y RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *Constitución Nacional, derecho extranjero y orden público*, LA LEY, 1.1978-D, p.935 y ss.; y *Control de constitucionalidad y derecho extranjero aplicable*, LA LEY, del 19/2/88.

IV. EL CASO IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL Y SUS SOLUCIONES JURÍDICAS (ÉPOCA POS-SAVIGNY)

El estado actual de la ciencia del DIPr sólo puede ser mejor comprendido si lo adscribimos al pasado en el cual se nutrió.

Ese fue el propósito del cap. III-B-3, y esperamos darle a ese acelerado so-vuelo histórico un fructífero uso en los párrafos que siguen.

La realidad que conforman los casos internacionales o multinacionales es un dato que la historia jurídica ha colocado fuera de toda discusión. La formidable interrelación de los Estados y de sus habitantes entre sí es un testimonio esencial de los tiempos que corren.

Lo que hace varios siglos podía manifestarse como una rara avis, hoy se ha convertido en algo tan común y ordinario como los casos nacionales. El caso internacional llegó al mundo jurídico no sólo para quedarse, sino para operar en permanente expansión. Ya integra la vida cotidiana.

Ahora bien, el caso internacional, por pertenecer al mundo del Derecho, reclama tanto en su configuración como en su desenlace jurídico ser resuelto con JUSTICIA, la cual puede quedar mejor atrapada según la clase de solución que se adopte.

Al respecto, y con toda su carga histórica, las soluciones jurídicas posibles pueden agruparse bajo los grandes rubros de territorialistas, de extraterritorialistas y para-estatales, las que en la actualidad, según veremos, conviven como un cóctel.

A. Territorialismo absoluto y totalizador

Esta concepción no distingue los casos nacionales de los internacionales. El Derecho interno es el único que tiene aplicación, y ese Derecho no marca diferencias para ambos casos. Si bien podemos encontrarla en tiempos muy lejanos, hoy la juzgaríamos extravagante. Sólo puede figurar en la memoria del DIPr.

B. Territorialismo limitado y relativo

Se acepta la distinción entre el caso nacional y el internacional, como asimismo que las soluciones jurídicas sean específicas y diferenciadas.

Lo que ocurre es que determinadas normas del Derecho Privado interno, aplicables a los casos nacionales, también se consideran imperativamente aplicables a los casos internacionales.

Este tipo de solución está ligado a la apasionante temática del orden público internacional.

Ej.: El Cód. Civil establece que las capacidades de derecho y de hecho se rigen por la ley del domicilio del causante (art. 6, 7 y 948), pero su art. 949, que es el que nos interesa,

impone que las incapacidades de derecho relativas (inhabilidades especiales) se gobiernan por dicho Código ²².

C. Territorialismo con base en la jurisdicción internacional del juez

Lo importante en esta teoría es determinar la justicia de qué país es competente para conocer en un caso *ius privatista internacional*. A partir de allí, el caso se resuelve con la aplicación del Derecho sustancial del juez (*lex fori*) ²³.

Por supuesto, reducir la solución de fondo de un caso *ius privatista internacional* a una mera cuestión de jurisdicción internacional implica retrotraer la historia del DIPr. Ello así, por cuanto se acude a la JUSTICIA para elegir un punto de conexión procesal, pero se hace caso omiso de ella para la solución sustancial que requiere el caso internacional.

Esta teoría juega sí, en plenitud, cuando se trata de casos internacionales que pertenecen al Derecho Público y es particularmente notoria en el Derecho Penal (v. Cód. Penal, art. 2º).

Sin perjuicio de lo expuesto, hay situaciones singulares en las que, por razones incluso de JUSTICIA (vgr. protección de los menores o de los acreedores alimentarios), es admisible la promoción de esta teoría.

Ej.: (1) Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de protección de menores (Cidip III - Bolivia 1954), no ratificada por nuestro país. En su art. 15º escoge por hacer competente a la autoridad de la residencia habitual del menor; a su vez, por el art. 3º declara aplicable la ley de domicilio del adoptante, pero agrega al final "En el supuesto que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente inferiores a los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste". Y la ley de éste es la ley del juez competente (*lex fori*). (2) Código Civil, art. 162 tercer párrafo: respecto del derecho de los cónyuges a percibir alimentos las "...medidas urgentes se rigen por el derecho del país del juez que entiende en la causa".

No debe confundirse esta teoría con la construcción que suele hacerse (en especial en Convenciones), estableciendo los mismos puntos de conexión para convocar al Derecho aplicable y para fijar la jurisdicción competente. Ej.: Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo (1939/40): su art. 15 dice "La ley del domicilio conyugal rige: a) la separación conyugal; b) la disolución del matrimonio...; c) los efectos de la nulidad del matrimonio contraído con arreglo al art. 13º". El art. 59º reza: "Los juicios sobre nulidad de matrimonio, divorcio, disolución y, en general, sobre todo las cuestiones que afecten las relaciones de los esposos se iniciarán ante los jueces del domicilio conyugal..."

²² Sobre la misma solución jurídica en el Derecho convencional, v. RIGAUD, ob. cit., p. 252 y ss.

²³ v. BOGGIANO, ob. cit., p. 56 y ss.

D. Territorialismo diferenciador

Se consagran soluciones diferentes a la de los casos nacionales para los casos ius privatistas internacionales. Pero esas soluciones jurídicas emanan del mismo Derecho Privado nacional.

Ej.: (1) Ley interna: Ley de Sociedades Comerciales Nº 19550, art. 118, apartado segundo, que dice: "La sociedad constituida en el extranjero... se halla habilitada para realizar en el país actos aislados y estar en juicio"; Cód. Civil, art. 34 que expresa: "Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, corporaciones o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior".

(2) Ley Convencional (Tratados): Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa Internacional de Mercaderías, suscrita en Viena el 11 de abril de 1980 (aprobada por la ley 22765).

Cabe aclarar que las Convenciones (Tratados) que crean un derecho sustancial uniforme interno, que no tiene una regulación específica para los casos internacionales (como la recién citada Convención de Viena), interesan al DIPr en cuanto las normas indirectas conduzcan a derechos extranjeros internos que sean iguales (armonía de soluciones). Si imagináramos por un momento que se unificaran todos los derechos privados internos y que esta unificación fuera universal, comprensiva de todos los Estados, la extraterritorialidad del Derecho Privado perdería todo su sentido.

La ley interna es un instrumento apto para uniformar derechos. Basta para ello que un Estado acepte en su derecho interno una ley modelo que asimismo recepten otros Estados (vgr. Convenios de Ginebra del 7 de junio de 1930, que contienen una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés a la orden; y del 19 de marzo de 1931, que incluye una ley uniforme en materia de cheques). Entre otros, nuestro país las incorporó a su derecho privado (comercial) interno (Decretos-leyes 5965/63 y 4776/63, ratificados por la ley 16478). Pero aquí también valen las aclaraciones que formulamos en el párrafo anterior.

En síntesis, el territorialismo diferenciador que nos interesa es aquél que se propone soluciones jurídicas directas y sustanciales a los casos ius privatistas internacionales.

E. Extraterritorialismo

La característica esencial del caso ius privatista internacional consiste en que los elementos que lo conforman, sean estos personales, reales o conductistas, pueden asentarse, desarrollarse, desplazarse, integrarse, etc. en más de un país. Tales elementos pueden adquirir para un ordenamiento jurídico la calidad de internacionales y, en función de ello, una corriente considera que la solución jurídica más apropiada (esto es, la más justa) radica en resolver el caso ius privatista internacional mediante la aplicación del Derecho nacional donde encuentre su mejor y definitiva apoyatura. Utilizando la terminología de Savigny, el país donde la relación jurídica tiene su asiento (sede) es el que proporciona el Derecho que va a resolverlo. Este asiento (vgr. domicilio, lugar de celebración, situación del bien)

que genéricamente ha percibido la denominación de *punto de conexión* es el que también focaliza el Derecho aplicable.

Como se advierte, la solución jurídica no es directa y sustancial, sino indirectamente sustancial.

En la actualidad, los *puntos de conexión* según los concebía Savigny han ido modificando su moldura rígida y, consiguientemente, han ido cediendo terreno a *puntos de conexión* que gozan de mayor flexibilidad o plasticidad. Porejemplo, en materia contractual comercial se puede acudir al Derecho del país con el cual la relación evidencia estar más estrechamente contactada (v. art. 8º, apartado 3 de la Convención de La Haya sobre La Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías (aprobada por la ley 23916)). También hay corrientes que sostienen (posición de alta flexibilidad) que debe conferirse al juez la facultad de elegir el Derecho que catalogue como más justo ²⁴.

Estas nuevas tendencias ponen sobre el tapete una vieja discusión: ¿la pretensión de resolver el caso con *JUSTICIA* tiene supremacía sobre la *SEGURIDAD JURIDICA*? (problema de la jerarquía de los valores); ¿puede haber *JUSTICIA* si no campea la *SEGURIDAD JURIDICA*, es decir, la previsibilidad del Derecho aplicable?

En este orden de ideas, aunque conciliando la *JUSTICIA* con la *SEGURIDAD JURIDICA*, debe señalarse el gran auge que en el campo comercial ha adquirido, en décadas recientes, la autonomía de la voluntad conflictual como punto de conexión conductista. Esto es, las partes poseen la potestad de elegir el Derecho que va a regular su relación mercantil (v. Convención de La Haya, cit., art. 7º, apart. 1) y Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Contratos de intermediación y de representación, art. 5º (aprobada por la ley 23964) ²⁵.

La solución jurídica extraterritorial abre una perspectiva de mayor complejidad cuando ingresamos al problema de la determinación de la fracción del Derecho Privado que se extraterritorializa. Ya vimos el esfuerzo que significó el intento de creación de los Estatutos personales y reales y su agotado resultado. Con Savigny se consolida el criterio de recurrir a las categorías del Derecho Privado.

Los casos (matrimonio, sucesión, contratos, obligaciones, sociedades, letras de cambio, etc.) están integrados por aspectos que se detectan a través de su análisis y que, por ello, pueden ser jurídicamente enfocados con independencia teórico-práctica. Entre los más cardinales de esos aspectos podemos citar la capacidad, la forma, la validez intrínseca, los efectos, los efectos de la resolución. Por eso a este método auxiliar, por no ser autónomo como lo eran los Estatutos, se lo ha llamado analítico-analógico.

Cada uno de estos aspectos, no obstante pertenecer a un caso internacional (vgr. matrimonio), pueden reclamar un *asiento* (sede) propio y específico y, por ende, un Derecho

²⁴ v. RIGAUD, ob. cit., p.229.

²⁵ v. TELLECHEA BERGMAN, *La autonomía de la voluntad en la contratación jusprivatista internacional contemporánea*, Rev. de Derecho Comercial y de la Empresa, Montevideo, Uruguay, año VIII, N°29/30, enero-junio de 1984, p.73 y ss.

particular que lo regule. Ej.: Ley 23515 incorporada al Cód. Civil. El art. 159 dice: "Las condiciones de validez intrínsecas y extrínsecas del matrimonio se rigen por el derecho del lugar de celebración..."; el art. 162 dice: "Las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley de domicilio efectivo..."; el art. 163 dice: "Las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes se rigen por la ley del primer domicilio conyugal..."; el art. 146 dice: "la separación personal y la disolución del matrimonio se rigen por la ley del último domicilio de los cónyuges..."

De este modo, la concepción extraterritorialista consagra la viabilidad de que cada aspecto del caso aspire y obtenga su propio Derecho aplicable. A los aspectos cardinales que citamos más arriba, al sólo título ilustrativo, podemos agregarles otros, como por ejemplo, los que detalla la ya citada Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, como ser: *el momento a partir del cual el comprador debe asumir los riesgos relativos a las mercaderías, la validez y los efectos que tendrán respecto de las partes las cláusulas de reserva de propiedad sobre las mercaderías, las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato.*

Claro está que la concurrencia de varios Derechos en la solución de un caso ius privatista internacional puede derivar en resultados jurídicos contradictorios. Los Derechos nacionales deben tener coherencia interna (el ordenamiento jurídico de un país debe ser sistemático), pero el legislador nacional no puede proyectar y concretar la coherencia de su Derecho con todos los Derechos extranjeros. Las señaladas contradicciones deben ser superadas, y de ahí se haga depositario al juez de la solución, a través de un método sintetizador (o de adaptación), que opera también como método auxiliar (v. cap. VII-A-1).

La solución jurídica extraterritorial se encuentra receptada tanto en nuestro Derecho interno como en el Convencional (Tratados).

El Derecho interno no ha codificado las soluciones extraterritoriales. Ellas se encuentran diseminadas en los distintos ordenamientos. Ej.: Cód Civil, arts. 6, 7, 948, 3636/8, 1205, 1209, 1210, 1214; Ley de Sociedades Comerciales Nº 19550, art. 118 primer párrafo; Ley de Propiedad Intelectual Nº 11723, arts. 14, 15; etc. Como los seis personajes de Pirandello, que andaban en búsqueda de un autor, las normas extraterritorialistas del Derecho Interno andan a la búsqueda de un Código o, por lo menos, de una ley general ²⁶.

Nuestro Derecho Convencional se ha enriquecido en las últimas décadas con soluciones extraterritorialistas. A los prestigiosos Tratados de Montevideo de 1889/90 y de 1939/40 se le han ido sumando, por ejemplo, las nuevas convenciones, ratificadas por nuestro

²⁶ El 4 de junio de 1990, el Senado de la Nación sancionó un proyecto de resolución por el cual se crea una Comisión bicameral sistematizadora del DIPr, que tendrá a su cargo elaborar una ley nacional en la materia y una ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la Justicia Federal. En los fundamentos de esta resolución se mencionan los antecedentes existentes y, muy en particular, el proyecto confeccionado en 1975 por Werner Goldschmidt.

país, emergentes de la Conferencias Interamericanas de DIPr (Cidip)²⁷ y de las Conferencias de DIPr de La Haya²⁸.

F. Para-estatismo

Esta solución fluye de dos canales y se mueve esencialmente en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales (patrimoniales y contractuales).

1. La autonomía de la voluntad de las partes

Más arriba nos referimos a la autonomía de la voluntad conflictual (cap. IV-E). Otra manifestación de esa autonomía es la autonomía de la voluntad material o sustancial, en cuyo ejercicio las partes autoregulan directamente su relación contractual, particularmente en lo que atañe a sus derechos y obligaciones. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercadería, ya citada, nos dice en su art. 6º: "Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos".

Es admisible la concurrencia en un mismo contrato de las autonomías de la voluntad conflictual y material-sustancial²⁹.

El Estado Argentino ha utilizado ambas autonomías en plurales convenios internacionales. El comúnmente llamado *Plan Brady* (acuerdo con los bancos norteamericanos sobre la deuda externa) es demostrativo de ello³⁰.

2. Renacimiento de la *lex mercatoria*

El tráfico comercial internacional viene perfilando con creciente impulso una especie de nueva *lex mercatoria*, creada por los propios agentes del negocio mercantil. Algunos autores denominan a esta variante jurídica como Derecho supranacional (opera al lado del Derecho estatal) que se va formando con los usos y costumbres. Tales usos y costumbres aparecen luego recogidos en diversos instrumentos, cuyo contenido se refiere al arbitraje internacional y a la jurisprudencia que emana de sus pronunciamientos, al crédito

²⁷ v. NOODT-TAQUELA, MARÍA BLANCA, *Cidip IV: Hacia la unificación de Derecho Internacional Privado en América*, EL DERECHO del 12/1/90.

²⁸ v. *Convención suprimiendo la exigencia de legalización en los documentos públicos extranjeros* (ley 23458); *Convención sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y comercial* (ley 23502); *Convención sobre ley aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías* (ley 23916); *Convenio sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores* (ley 23857); *Convención sobre la ley aplicable a los contratos de intermediarios y a la representación* (ley 23964).

²⁹ v. TELLECHEA BERGMAN, ob. cit.

³⁰ v. SILVA, ROBERTO E. (h), *El Plan "Brady" para la República Argentina*, EL DERECHO del 24/8/92; RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *El art. 100 de la Constitución Nacional y la Nación como parte ante los tribunales de otro país*, LA LEY, t.1976-B, p.671 y ss.

documentado, a los contratos tipos (standard), etc. Es ampliamente conocida la labor que desarrolla la Cámara de Comercio Internacional (París). Sus publicaciones Nº 400 *Reglas y usos uniformes de los créditos documentarios* y Nº 322 *Reglas y usos uniformes relativos a la cobranza documentaria* son regularmente seguidas y aplicadas. A ellas suelen remitirse las partes en ejercicio de las autonomías de la voluntad conflictual o material-sustancial.

La solución para-estatal no es autosuficiente. Debe ser aceptada (y controlada) por el Derecho del país donde se intente hacerla valer ³¹.

La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías prescribe en su art. 9º: "las partes quedarán obligadas por cualquier uso o costumbre que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. 2) salvo pacto en contrario, se considera que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación, un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento, y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate".

La autonomía de la voluntad material-sustancial y el "Derecho transnacional" nos ponen en presencia de un fenómeno contemporáneo muy particular: el Estado no es el único productor de normas jurídicas, aunque eso sí, conserva la pretensión de ser el único que posee el *imperium* de las decisiones. Con esta última salvedad, podemos decir que se ha abierto una brecha a ese monopolio que convertía al Estado en un *sancto-sanctorum* político legisferante.

V. LA ESTRUCTURA FORMAL DE LAS NORMAS QUE DESCRIBEN EL CASO IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL Y SUS SOLUCIONES JURÍDICAS. NORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS

A. Consideraciones sobre las normas directas e indirectas

La norma jurídica puede ser o de origen consuetudinario o formal (escrito).

Este último es el que ha logrado imponerse, sin perjuicio de que la costumbre aún se mantenga viva, en especial, en algunos sectores del tráfico mercantil (vgr. el comentado *Derecho transnacional*).

No entraremos en reflexiones que corresponden a la Filosofía del Derecho en lo atinente a la estructura de la norma jurídica abstracta. Para lo que aquí interesa, estimamos suficiente expresar que la norma jurídica debe contar indispensablemente con dos partes. En la primera de esas partes (antecedente o tipo legal) debe describir el caso internacional (o un aspecto del mismo) que va a ser reglamentado. En la segunda de esas partes (consecuente-consecuencia jurídica) debe establecerse la solución jurídica que se le asigne al caso (o a un aspecto del mismo) objeto de la regulación.

³¹ V. BATIFFOL, ENRI-LEGARDE, *Traité élémentaire de Droit International Prive*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, t.II, 1976, p.234.

Entratándose de casos *ius privatistas* internacionales, el *antecedente o tipo legal* no cambia, cualquiera sea la solución jurídica que se tome (territorial, extraterritorial, para-estatal).

Ello nos lleva a dos clases de normas:

1. Las normas directas que, como su propia denominación lo anticipa, proporcionan al caso *ius privatista internacional* su inmediata solución jurídica material o sustancial. Por eso también estas normas se llaman materiales o sustanciales.
2. Las normas indirectas, que transfieren la solución jurídica del caso *ius privatista internacional* al Derecho que convoca el *punto de conexión*. La solución jurídica deviene entonces en indirectamente material o sustancial. Igualmente se denominan normas de conflicto o de colisión.

La norma indirecta puede ser, a su vez:

- a. Norma indirecta bilateral: es la que a través del *punto de conexión* conduce en forma indeterminada a la aplicación de cualquier Derecho, quedando su individualización sujeta a cada caso concreto.
- b. la norma indirecta unilateral: es la que a través del *punto de conexión* conduce siempre a la aplicación del Derecho Privado interno propio. Estas normas son pasibles de una nueva división:
 - (1) de carácter general: remiten la solución al Derecho Privado interno propio de un *totum*;
 - (2) de carácter específico: determinan para la solución de un caso la aplicación de una disposición precisa del Derecho Privado interno propio.

Todas las soluciones jurídicas que hemos analizado en el cap. IV, y a cuyos ejemplos legislativos nos remitimos, son captadas por alguna de estas dos clases de normas directas o indirectas.

Resulta conveniente efectuar la correspondiente conjunción.

B. Las soluciones jurídicas del caso ius privatista internacional y las casos de normas que las captan

1. Territorialismo absoluto y totalizador: norma indirecta unilateral de carácter general

Esta solución utiliza una norma indirecta unilateral, de carácter general, cuya redacción puede resumirse así: las autoridades de un país sólo aplican su Derecho Privado interno a los casos *ius privatistas* que llegan a su conocimiento. No hay distinción alguna entre casos nacionales y casos internacionales.

Como ya vimos, se trata de una solución abandonada.

2. Territorialismo limitado y relativo: norma indirecta unilateral de carácter específico

A partir de Savigny y de su teoría de la comunidad jurídica de las naciones, la extraterritorialidad del Derecho Privado se consolidó como concepción, pasando a constituirse como regla en los casos internacionales y su territorialidad como excepción. El Derecho Privado extranjero no se aplica en un país, únicamente cuando se opone a su orden público internacional.

El legislador, en el marco del orden público internacional, puede considerar que determinadas disposiciones de su Derecho Privado interno, por los principios e intereses básicos que consagran, son aplicables aun a los casos *ius privatistas internacionales*. Para lograr este objetivo, acude a una norma indirecta unilateral, de carácter específico, en virtud de la cual indica la disposición del Derecho Privado propio que es de aplicación obligatoria e incanjeable, determinando de esta forma su ámbito territorial (espacial) de aplicación.

La doctrina se ha ocupado también de este tema bajo los rubros de *normas de policía*, *normas de aplicación inmediata*, *normas exclusivas* ³².

3. Territorialismo con base en la jurisdicción internacional del juez: norma indirecta unilateral

En su versión maximalista, esta solución funciona a través de una norma indirecta unilateral, de carácter general, igual como lo requiere la solución territorialista absoluta y totalizadora. Más arriba la descartamos.

En su versión para casos de excepción, reclama que esa norma indirecta unilateral, de carácter general, tenga una clara orientación específica, en virtud de la cual se establezca que el Derecho aplicable, a determinada materia, es el Derecho del juez competente según los criterios de jurisdicción internacional.

4. Territorialismo diferenciador: norma directa

La estructura de la norma, respecto de la consecuencia jurídica, es directamente material o sustancial.

³² v. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p.159 y ss; Dice BOGGIANO en su ob. cit., al referirse a la *norma de policía*: "Se trata de una concepción de orden público" (p.125), "...aun en los casos en que el legislador considere imprescindible dictar normas de esta índole, debería determinar con la mayor precisión su propio ámbito de validez espacial mediante conexiones expresas con el territorio o el derecho argentinos... Como consecuencia fundamental de la presente tesis, cabe afirmar que las normas de policía han de contener expresas conexiones espaciales con el país del legislador, resultando desaconsejable establecer normas de policía indeterminadas, de gran latitud y flexibilidad, mediante alusiones al *interés nacional* o a los *intereses o conveniencias del Estado* o de *sus habitantes*... En cambio, otra consecuencia de la tesis conduce a recomendar el establecimiento de una norma de policía cuando pueda resultar dudosa la expresión de un principio de orden público internacional en una norma coactiva del derecho privado interno" (p.155).

En un símil con lo que sucede con la solución territorialista limitada y relativa, el legislador puede disponer que algunas de estas normas materiales son de aplicación obligatoria en el país y que, por ende, no pueden ser desalojadas por un Derecho extranjero o por la autonomía de la voluntad de las partes.

5. Extraterritorialismo: norma indirecta

Para esta solución, la norma ineludible es la indirecta pero en su variante bilateral, esto es, una vez localizado el *punto de conexión*, la solución queda abierta para ser asumida por el Derecho convocado, el que hará su aparición en cada caso concreto (*lex causae*).

Esta norma indirecta unilateral integra el Derecho del país. Por tal razón, sus autoridades, en particular las judiciales, aplican siempre, en primer instancia, su propio ordenamiento jurídico de normas indirectas bilaterales (aplicación de primer grado) y, en segunda instancia, el Derecho Privado, nacional o extranjero, llamado por el *punto de conexión* de la norma indirecta, para resolver el caso *ius privatista internacional* (aplicación de segundo grado).

6. Para-estatismo: normas directas materiales o sustanciales (no son autosuficientes)

La autonomía de la voluntad material o sustancial de las partes, como el *Derecho transnacional*, involucra la creación de normas directamente materiales o sustanciales.

Sin perjuicio de ello, la operatividad de la solución para-estatales requiere que el Derecho del juez competente (problema de la jurisdicción internacional) contenga una norma indirecta que legitime la convocatoria del Derecho creado por las partes y del *Derecho transnacional* para resolver el caso (v. cap. IV-F).

VI. DERECHO INTERNO, DERECHO CONVENCIONAL (TRATADOS) Y DERECHO COMUNITARIO

A. Derecho interno y Derecho Convencional (Tratados)

Hasta no hace mucho, las dos fuentes formales en que podíamos encontrar las normas indirectas y directas a que nos referimos en el capítulo V eran el Derecho interno (confeccionado exclusivamente por un Estado (Derecho interno en sentido estricto) y el Derecho Convencional (confeccionado en forma compartida por dos o más Estados)).

El Derecho interno, que acaparó a estas normas en los primeros tiempos, fue entregando terreno al Derecho Convencional, instrumento legal que permite lograr, de la mejor manera, la armonía de las soluciones, indirectas o directas, respecto de los casos *ius privatistas internacionales*. Nuestro país es un elocuente ejemplo de ello.

Cuanto mayor es la cantidad de países que confluyen en una Convención, como asimismo cuanto más se amplían las materias que se van regulando, la comentada armonía

de soluciones va logrando que los habitantes de las naciones sientan, cada vez más, que el pasaje de una nación a otra (permanente o transitorio) no les acarrea —como otrora— un cambio brusco o inhóspito de su situación jurídica. Estamos lejos de la arcaica y siempre recreada utopía de un Derecho universal ³³, pero el camino emprendido hasta ahora parece promisorio. Esta realidad jurídica, por los resultados que se van obteniendo, no es, como lo diría el mordaz escritor español Noel Clarasó, una ilusión venida a menos.

Por otra parte, el Derecho Convencional, que supo caminar a la par del Derecho interno (en sentido estricto), hoy ha tomado en nuestro país la delantera y tiene prioridad de rango jurídico. Ya esta concepción estaba incorporada a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobado por la ley 19865) ³⁴. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, mutando su anterior jurisprudencia, ha establecido este criterio en la sentencia del 7 de julio de 1992, recaída in re *Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros* (ED, t. 148 —p. 338 y ss) ³⁵.

Y no para ahí esta rejerarquización del Derecho Convencional. Ya han aparecido intrépidas corrientes doctrinarias que intentan dar supremacía al Derecho Convencional en su relación con las mismas Constituciones ³⁶.

El nuevo rol del Derecho Convencional, unido, como veremos, al bisoño Derecho comunitario, nos introduce en el escenario de un mundo jurídico renovado, que implica todo un desafío para los juristas de raza (v. VI-B in fine)

B. Derecho comunitario

El concepto de soberanía absoluta (independencia de los Estados nacionales) que hasta no hace mucho estaba asociado al concepto de nación de manera indisoluble, ha decaído en su vigor y se nos aparece con su nuevo rostro de soberanía limitada (inter-dependencia de los Estados nacionales).

Ello se ha debido, fundamentalmente, no sólo a la cada vez más estrecha y fecunda ligazón de las naciones (a la que ahora se une la intercomunicación instantánea vía satélites), sino a una tendencia que ya cuenta en su haber con logros trascendentes. Nos referimos a la formación de bloques de naciones que convienen en integrar, para la defensa y promoción de sus intereses comunes, una zona de libre comercio, o un mercado común o una comunidad

³³ v. RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *Contenido y naturaleza del objeto de la llamada ciencia del Derecho comparado*, EL DERECHO, t.132, p.865 y ss.

³⁴ v. BARBERIS, JULIO A., *La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina*, Rev. PRUDENTIA IURIS, cit., diciembre 1985-abril 1986, p.159 y ss.

³⁵ Por ley 24080, se legisló sobre la publicación en el Boletín Oficial de los hechos y actos referidos a los tratados o convenciones internacionales en los que la Nación Argentina sea parte. En el art. 3º de esta ley se estableció: "Los tratados y convenciones internacionales que establezcan obligaciones para las personas físicas y jurídicas que no sea el Estado Nacional son obligatorias sólo después de su publicación en el Boletín Oficial observándose al respecto lo prescripto en el art. 2º del Cód. Civil".

³⁶ v. ZUPPI, ALBERTO LUIS, *El derecho imperativo ("jus cogens") en el nuevo orden internacional*, EL DERECHO del 7/7/92.

económica (distintos grados de integración) iniciando una dirección histórica que puede llegar a ser, en definitiva, una integración política.

Las naciones que conforman algunas regiones de América se encuentran transitando por este camino ³⁷. Nuestro país, junto con Uruguay, Brasil y Paraguay, a través del Tratado de Asunción (ley 23981) ha sembrado la semilla de un futuro Mercado Común (MERCOSUR) ³⁸.

En Europa ese mercado común ya es una realidad para las naciones que integran la Comunidad Económica Europea (CEE): Portugal, España, Gran Bretaña, Francia, Bélgica, Holanda, Italia, Alemania, Dinamarca, Grecia, Irlanda y Luxemburgo. Y ahora marchan hacia la integración política, según el Tratado de Maastrich en etapa de ratificación.

La integración, como no puede ser de otro modo, supone la creación de un Derecho uniforme (armónico), cuya amplitud depende del grado de integración que se pretenda.

Ese Derecho uniforme puede lograrse a través de Convenciones o de leyes internas de un contenido similar previamente pactado en una ley modelo.

Este Derecho uniforme pasaría pues a ser un Derecho comunitario, por pertenecer a una comunidad de naciones. Ello impone la necesidad de la fijación del ámbito territorial (espacial) de tal Derecho comunitario.

La Comunidad Económica Europea ha sido la plataforma de lanzamiento de un nuevo Derecho comunitario. Las naciones de la Comunidad han cedido parte de su soberanía, creando a través de Tratados (Derecho comunitario primario) organismos supranacionales de orden legislativo, ejecutivo y judicial. La doctrina mayoritaria europea considera que el verdadero Derecho comunitario es el que producen estos organismos supranacionales (Derecho comunitario secundario) ³⁹. Y este Derecho comunitario goza de autonomía propia, no requiere para su vigencia de la ratificación de las naciones de la Comunidad (efecto directo) y tiene primacía (supremacía) sobre el Derecho nacional ⁴⁰.

Pues bien, las normas indirectas y directas aludidas en el capítulo V pueden estar

³⁷ v. *Derecho de la Integración Latinoamericana*, Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Ed. Depalma, Bs.As., 1969; LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO F., *Los procesos de integración subregional del cono sur y su déficit institucional. La experiencia de las comunidades europeas*, EL DERECHO del 22 y 25 de enero de 1993.

³⁸ v. DALLA VIA, ALBERTO, *Sobre el Derecho y la Justicia en el Mercosur*, EL DERECHO del 8/9/92, y *El Mercosur, la integración, el Derecho y la Constitución*, EL DERECHO del 16/12/91; GROS ESPIELL, HÉCTOR, *El Tratado de Asunción y algunas cuestiones jurídicas que plantea*, EL DERECHO del 25/9/91.

³⁹ El Tratado de libre comercio entre México, EE.UU. y Canadá, aún no ratificado, conocido como NAFTA (North American Free Trade Association), no prevé la creación de organismos supranacionales.

⁴⁰ v. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de las Comunidades Europeas (Luxemburgo) del 19/11/91, con nota de Bidart Campos, Germán J., EL DERECHO del 9/9/92; MORELLO, AUGUSTO MARIO, *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, las libertades fundamentales y nuestra Corte Suprema*, LA LEY de 5/8/88.

contenidas en esta nueva fuente del Derecho que es el Derecho comunitario, en su sentido restringido (Derecho comunitario secundario).

El Derecho interno y el Derecho Convencional tienen su origen en los poderes (gobierno) de cada Estado; el Derecho comunitario, en su sentido restringido, tiene su origen en los órganos supranacionales.

Cabe señalar, como colofón, que también irrumpe en el mundo jurídico un nuevo Derecho Convencional: el de los organismos supranacionales con los Estados, y el de los organismos supranacionales entre sí (v. VI-A *in fine*).

VII. PORCIÓN DEL MUNDO DEL DERECHO (OBJETO, MÉTODOS Y JUSTICIA) QUE CORRESPONDE AL DIPr

Las consideraciones y argumentaciones desarrolladas en los capítulos precedentes nos proporcionan ahora los suficientes conocimientos como para poder volver al propósito de este ensayo, esto es visualizar los elementos que permiten encarar una definición del DIPr. Para ello resulta indispensable que quede delimitada con nitidez la porción del vasto mundo del Derecho (objeto, métodos y JUSTICIA) que le corresponde al DIPr como rama autónoma del Derecho.

Tal delimitación la debemos encarar desde una doble perspectiva: 1) según la naturaleza de las normas que comprende, o sea qué clase de normas (indirectas-directas) pueden ser consideradas como normas del DIPr; 2) según las materias reguladas que abarca.

Nos ocuparemos en forma separada de ambas perspectivas.

A. El DIPr según la naturaleza de las normas que comprende

1. Teoría monista

Una corriente doctrinaria que lo cuenta al maestro Goldschmidt como su gran columna y defensor a ultranza, sostiene que la norma indirecta es la norma básica y excluyente del DIPr. Sólo esta clase de norma puede recoger la extraterritorialidad del Derecho Privado, que hace a su esencia dikelógica (*Justicia*), pues "hay que señalar el valor específico del DIPr y que es el respeto positivo al derecho extranjero" (v. Prólogo a la tercera edición de su *Derecho Institucional Privado*). Agrega también en dicho prólogo que el DIPr parte de los casos *iur privatistas* con elementos extranjeros (casos mixtos), pero no es la única disciplina que los enfoca, como lo son el Derecho de Extranjería (normas directas de origen interno), el Derecho Privado Internacional (normas directas de origen convencional) y el Derecho Público de Extranjería porque "...se basan en la intolerancia con lo extranjero, sea que lo cercenen en favor de lo nacional, sea que superen la diversidad de lo nacional y lo extranjero mediante la uniformidad. Por otra parte ninguno de los problemas generales del DIPr aparece con las disciplinas afines".

Dentro de esta teoría, la norma indirecta unilateral constituye una expresión del orden público internacional funcionando como conjunto de disposiciones.

Este tipo de norma debe ser de excepción, pues la regla debe ser el orden público internacional operando como conjunto de principios para oponerse a la aplicación del Derecho extranjero. Goldschmidt no tiene simpatías por la norma indirecta unilateral, ya que a través de ella puede darse la tentación de evitar caer en un orden público internacional sobregirado.

Existe sin embargo una norma directa que para Goldschmidt integra el ordenamiento normativo del DIPr. Dice: "El método analítico produce a veces la desintegración del caso —o, como dicen los franceses, le dépéçage, o conforme lo llaman los anglosajones, the scission. Entonces surge el problema de la adaptación. Esta debe realizar forzosamente el juez (método sintético judicial) al crear una norma concreta de Derecho Privado. He aquí el único caso de que una norma material efectivamente forma parte del DIPr"⁴¹.

2. Teoría pluralista

Para esta teoría, el DIPr está constituido tanto por las normas indirectas como por las directas. Se afirma que el DIPr no puede caracterizarse en función del tipo de solución jurídica que contengan sus normas (extraterritorial-territorial), sino en la presencia del caso *ius privatista internacional en su tipo legal*.

Esta teoría se encuentra sintéticamente expuesta y defendida por Antonio Bagiano, al tratar las sociedades comerciales. Dice: "El derecho internacional privado societario interesa atenerse a los problemas que plantean los casos *ius privatistas* multinacionales, o sea casos que 'debido a su vinculación con una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales aparecen social y normativamente multinacionalizados'. He ahí el supuesto de hecho del cual debe partir el D.I.Pr para la búsqueda de soluciones justas. Lo que interesa a todos — a las partes, a los terceros, a sus asesores, al legislador y a los jueces— es la solución concreta de tales controversias mediante los métodos y las normas que fueran. Ahora bien: no veo la utilidad práctica de independizar los métodos y normas constituyendo con unos el D.I.Pr., con otros el derecho privado de extranjería y con otros el llamado derecho privado internacional, remitiendo a los interesados a lugares, fuentes y literaturas distintas para resolver el mismo problema"⁴².

3. Teoría finalista

Esta teoría, sin desconocer las distintas soluciones jurídicas a los casos *ius privatistas* internacionales, se pregunta primero por la misión del DIPr. Y responde a ella diciendo que

⁴¹ v. *EL S.O.S. del Derecho Internacional privado clásico y otros ensayos*, Ed. de Belgrano, Bs.As., 1979, p.50.

⁴² Ob. cit., p.584.

consiste en localizar o individualizar el derecho que va a regir el caso internacional. Tal misión se cumple indudablemente con las normas indirectas (bilaterales o unilaterales). Las normas directas sólo interesan y pertenecen al DIPr, en dos aspectos limitados: a) la determinación de su materia (casos internacionales); b) la determinación del ámbito espacial de su aplicación.

Acota al respecto Jorge Talice: "... urge advertir que estas normas de distinta naturaleza no integran en su totalidad el Derecho Internacional Privado. Nuestra disciplina no es un monstruo jurídico omnicompreensivo de todas las normas directas e indirectas, aplicables a los casos privados multinacionales, tal como parece desprenderse de la concepción pluralista de la materia. Ciertamente este pluralismo normativo es inherente a la reglamentación de las relaciones privadas internacionales, pero ello es insuficiente para concluir que las reglas que regulan tales relaciones deben integrar el contenido normativo de la materia. El Derecho Internacional Privado, tal como lo ha expresado el profesor belga François Rigaud, cumple siempre una función de *Derecho sobre el Derecho*, es decir, cumple un papel determinativo, un oficio individualizador. Su misión es señalar el derecho material definitivamente aplicable a las relaciones privadas de tráfico externo y para cumplir este cometido se vale de los diferentes métodos normativos comentados. Pero lo que importa subrayar aquí es que cualquiera sea el método empleado, el Derecho Internacional Privado finaliza su misión una vez determinado el derecho material aplicable a la relación... En suma, entonces, resulta lícito proclamar un Derecho Internacional Privado metodológicamente pluralista, pero urge advertir que no todo el conglomerado normativo resultante y destinado a regular los casos multinacionales pertenece a la materia. Únicamente las normas de conflicto bilaterales, las normas de policía unilaterales y las normas que fijan el ámbito de aplicación de las normas materiales conforman el Derecho Internacional Privado" ⁴³.

B. El DIPr según las materias reguladas por sus normas

Hasta ahora, lo que hemos visto nos muestra al Derecho Internacional Privado moviéndose en el campo de los casos ius privatistas internacionales, que son su realidad, su materia prima. Según lo que llevamos dicho, ésa es, a nuestro juicio, la visión correcta.

Sin embargo, no podemos dejar de señalar que, en otras latitudes, se incluyen en el área del DIPr otras materias. François Rigaud lo sintetiza de esta manera: "El Derecho internacional privado se divide en cuatro partes: conflicto de nacionalidades, condición de extranjero, conflicto de autoridades y de jurisdicciones y, finalmente, conflicto de leyes... Esta extensión del Derecho internacional privado es la que prevalece en Bélgica y en Francia. En la mayoría de los demás países, especialmente en los países anglosajones, el Derecho internacional privado se limita al derecho conflictual: conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones. La nacionalidad y la condición del extranjero se tratan aparte, generalmente en el derecho público interno. En Alemania y en Italia hay una tendencia todavía más

⁴³ v. Rev. de Derecho Comercial y de la Empresa, cit., *Sociedades Mercantiles en el Derecho Internacional Privado americano*, ps.21 y 22.

restrictiva, según la cual el Derecho internacional privado se limita al conflicto de leyes. Los conflictos de jurisdicciones constituyen entonces el objeto de una rama del derecho, el derecho judicial (o procesal) internacional”⁴⁴.

El tema de la jurisdicción internacional pertenece, a nuestro entender, y así lo hemos sostenido en otros ensayos, al Derecho Internacional Procesal. Por supuesto, no dejamos de apreciar que el problema de la jurisdicción internacional en su relación con el DIPr adquiere una mayor trascendencia que en el ámbito del derecho interno. Cuando se trata de un caso nacional, los problemas de jurisdicción se concentran en cuál será el juez competente, conforme a la distribución de la competencia dentro del país (por las personas, la materia o el lugar). Pero cualquiera sea el juez interviniente, el derecho aplicable será siempre el mismo. Cuando se trata de un caso internacional, el derecho aplicable depende de lo que estatuye el derecho del juez, que sea competente internacionalmente. Señalamos en uno de esos ensayos, con referencia al contrato internacional: “El legislador no soluciona casos concretos sino géneros de casos. Las reglas que dicta son de carácter general. Por eso puede encarar, de manera separada, la elaboración del derecho aplicable a los contratos internacionales y la elaboración del derecho que regula la jurisdicción internacional competente para los mismos. Distinta es la situación desde la perspectiva de un contrato internacional concreto, ya que aquí el tema crucial es saber qué derecho o derechos lo rigen en sus variados aspectos. A tal fin pueden ser distintas las soluciones que prevean en su ordenamiento jurídico los países con los cuales el contrato tiene contactos. Para encontrar entonces el o los derechos aplicables al contrato, resulta necesario saber el derecho de qué país va a recibirlo en primer término. Y este conocimiento sólo puede surgir ubicando al país a cuya jurisdicción internacional ha de quedar sometido el actual o eventual pleito sobre el contrato”⁴⁵.

VIII. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL CAPÍTULO VII ANTERIOR

A. Respecto de las normas indirectas y directas, y la justicia de sus soluciones

Mientras haya naciones (Estados), aun con soberanía limitada, perdurarán los casos internacionales. La JUSTICIA, valor cuya concreción persigue el Derecho, se manifiesta en los casos internacionales: 1) reconociéndolos como tales, y 2) estructurando soluciones razonablemente adecuadas.

Este reconocimiento del caso *ius privatista internacional* y de sus soluciones razonablemente adecuadas se revela, a nuestro juicio, a través:

1. de la norma indirecta bilateral, que procura aplicar al caso el Derecho de su

⁴⁴ Ob. cit., p.99.

⁴⁵ *El contrato Internacional y el Comercio Exterior*, Rev. PRUDENTIA IURIS cit., julio-diciembre 1990, p.9.

pertenencia, de su *asiento* como diría Savigny, con las alternativas modernas de *puntos de conexión* dotados de más flexibilidad o plasticidad.

La norma indirecta bilateral fue el ariete que atravesó la pared del territorialismo absoluto y totalizador y, con ello, abrió una ventana vivificante al encierro jurídico de las naciones. El respeto al elemento extranjero del caso *ius privatista* la tendrá como su aliada permanente.

2. de la norma directa, material o sustancial, de parto convencional o comunitario, por cuanto satisface las necesidades y peculiaridades comunes a la población de dos o más Estados. Cuanto mayor sea la cantidad de Estados involucrados, mayor será la bondad de la norma directa que actúe como polo de convergencia jurídico. Con esta solución directa se acrecienta la previsibilidad y seguridad jurídica de los protagonistas de los casos *ius privatistas internacionales*.

Todo Derecho convencional, o comunitario, es una elaboración colectiva de los Estados, que se concreta luego de un trabajo previo y necesario de comparación de los Derechos nacionales ⁴⁶. No podría arribarse a un Derecho convencional o comunitario desatendiendo a los Derechos nacionales sobre los que más tarde se va a imponer y sustituir. El Derecho uniforme es, pues, un Derecho que consagra los principios y las disposiciones que los Derechos nacionales tienen o pueden tener en común. Por ello es válido decir que el Derecho uniforme integra formal y materialmente (ideológicamente) el Derecho nacional. El Derecho uniforme contiene, ante todo, el respeto del Derecho nacional. Es la unidad en la diversidad.

Nos parece, en cambio, que no dan una solución razonablemente adecuada:

1. La norma directa, material o sustancial, de origen interno.

Aunque es un avance sobre el territorialismo absoluto y totalizador, no es menos cierto que sigue constituyendo la expresión parcial de un Estado y, en los momentos actuales, un remedio legal que debe usarse cuando los altos principios e intereses de un Estado no encuentren otra vía más apta de satisfacción.

Lo que sí debemos reconocer es que si a esta clase de norma directa la ubicamos en el contexto histórico de su arranque, no podemos negarle el haberse constituido en un paso adelante en la valoración de los elementos internacionales del caso *ius privatista*. Ocurre algo similar con la esclavitud, aceptada por Aristóteles, que para su tiempo implicó mejorar la situación del enemigo cuyo destino era la muerte. Carlos Pellegrini supo decir que "...la venta del voto es un acto libre que significa un progreso respecto de la violencia". Leibnitz confesaba que su axioma era que *la naturaleza jamás actúa a saltos (la nature n'agit jamais par saut)*.

En nuestro país se han sancionado leyes sobre inversiones extranjeras (Nros. 21382, 23967). Esta materia ya es motivo de preocupación en el campo del Derecho convencional. Nos dice Eduardo Jiménez de Aréchaga: "El Banco Mundial ha asumido en este tema un

⁴⁶ *Idem*, nota 33.

papel protagónico y ha auspiciado dos convenciones internacionales: la Convención de Washington de 1965 sobre creación de un Centro Internacional para arreglo de las diferencias relativas a inversiones (CIADI) y la Convención de la OMGI, de 1986, o sea la Organización Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA en inglés)”⁴⁷. Obra en el Congreso (Cámara de Diputados) un proyecto de adhesión al MIGA. Recientemente el gobierno argentino ha suscrito con varios países (vgr. Suecia, Suiza, EE.UU.) convenios para la promoción y la protección recíproca de inversiones, cuyo análisis todavía no ha sido objeto de la dedicación doctrinaria que su importancia merece.

2. la norma indirecta unilateral que localiza como aplicable, obligatoria e incanjeable, una determinada disposición del Derecho Privado interno. Los abusos a que puede dar lugar, y que señalamos más arriba, la hace parecer a esos remedios que están llenos de contraindicaciones.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado (Cidip II - Montevideo - 1979) (aprobada por la ley 22921) implícitamente repudia a la norma indirecta unilateral (orden público internacional funcionando como conjunto de disposiciones). Su art. 5º dice: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”. No tiene esa misma claridad la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Cidip II - Montevideo - 1979) (aprobada por la ley 22921). Su art. 2 apartado b) reza que esas sentencias y laudos subordinan su eficacia extraterritorial a “...que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución”.

B. Respetto de las materias reguladas por las normas del DIPr

El DIPr comprende la porción del vasto mundo del Derecho que está colmada por los casos *ius privatistas internacionales* y de cualesquiera de sus soluciones.

En un sistema jurídico que distinga a los casos *ius privatistas internacionales* de los nacionales (como lo son los sistemas que han ido instrumentando los Estados) el ordenamiento jurídico propio del DIPr está constituido tanto por las normas indirectas como por las directas.

La evolución hacia una cada mayor dosis de JUSTICIA para resolver los casos *ius privatistas* en atención a la presencia de elementos internacionales la hemos marcado en este cap. VIII, acap. A. Claro está que el progreso no tiene una continuidad lineal. Como decía Goethe, la humanidad progresa en espiral, volviendo.

Este ensayo ha pretendido dar una visión global del DIPr en lo que hace a su Parte General. Y esta Parte General debe ocuparse de todos los aspectos que han sido mencio-

⁴⁷ v. Rev. *Temas de Derecho Internacional*, Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, 1989, p. 53 y ss (*La protección del inversor en el Derecho Internacional*).

nados en el desarrollo de esa visión. Hemos mostrado una valiosa mina. Su explotación jurídica requiere que nos ocupemos detalladamente de cada una de sus vetas (aspectos), vgr. estructura y clasificación de los casos internacionales; estructura de los normas indirectas y directas y de sus métodos primarios y auxiliares; los problemas de la norma indirecta (*puntos de conexión*, orden público internacional, etc.); las relaciones de primacía entre las normas del DIPr, según su clase u origen, etc.

Esta Parte General es tan vigorosa, densa y distinta, que torna inidónea a toda aquella programación que intenta tratar a los casos ius privatistas internacionales como un apéndice abreviado de cada asignatura del Derecho Privado interno.

La cada vez mayor extensión que ha ido adquiriendo la Parte General es evidente. A ella le debemos agregar el contenido de la Parte Especial, que versa sobre lo civil, lo comercial, lo laboral internacional, donde también se ha producido un aumento cuantitativo y cualitativo. Ya inclusive podemos hablar de las especialidades de la especialidad, vgr., en Derecho Comercial internacional: contratos internacionales, transporte internacional (terrestre, marítimo, aéreo), sociedades comerciales internacionales, papeles de comercio, etc.

Seguir considerando pues al DIPr como una rama autónoma del Derecho que debe estudiarse como una sola asignatura o materia en las Facultades de Derecho, esto es, como un bloque jurídico único e indivisible, nos parece una tarea intrincada. Dijimos más arriba de qué manera ha engrosado el DIPr con el Derecho Convencional (ahora también el Derecho comunitario). Y lo cierto es que si el DIPr se sigue examinando como si pudiera desenvolverse como una sola asignatura o materia, las Convenciones sólo pueden ser objeto de una referencia somera y no de una investigación detenida.

De todas maneras, la señalada dificultad pedagógica no priva a la enseñanza actual del DIPr, como asignatura o materia única, de su condición de valiosa e indispensable para la formación del abogado, hasta que soplen a su favor mejores tiempos didácticos.

Pensamos que el DIPr ha pasado a ser una rama madre, ya que le han crecido vástagos de peso y entidad jurídicos. El DIPr debe empezar a desgajarse, siguiendo paulatinamente el camino que una vez inició el Derecho Privado interno. La reubicación académica de este desgajamiento constituye un real desafío de futuro. Recuérdese lo que ya dijimos en el cap. VI, in fine de sus acápites A y B.

De esta forma se evitará la sensación de que el DIPr sea ese monstruo jurídico omnicompreensivo con el que nos intimidaba Talice (v. cap. VIII-A-3).

ELEMENTOS PARA DETERMINAR LA JURISDICCION IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL

RAÚL ALBERTO RAMAYO

SUMARIO: I. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA JURISDICCION. A. Panorama básico sobre el concepto. La "jurisdicción" como "jurisdicción judicial". B. Contenido de la jurisdicción. Especies y sub-especies jurisdiccionales. 1. Jurisdicción ius privatista y jurisdicción ius publicista. 2. Jurisdicción ius privatista nacional e internacional. 3. Jurisdicción ius privatista internacional. 4. Jurisdicción ius privatista internacional exclusiva y concurrente. 5. Jurisdicción ius privatista internacional: sus diversos enfoques: a. Según el tribunal que la administra: estatal o para-estatal. b. Según el funcionamiento de sus dos fases: juzgamiento o imperium. c. Según el Estado del cual emana: nacional o extranjero. II. JURISDICCION IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL. ESTATAL, SEGÚN EL FUNCIONAMIENTO DE SUS DOS FASES: JUZGAMIENTO E IMPERIUM. A. Definición del acto ius privatista jurisdiccional. B. Diferencias entre la jurisdicción ius privatista nacional y la internacional. C. Fraccionamiento de la jurisdicción ius privatista internacional. 1. Jurisdicción internacional de juzgamiento perteneciente a los distintos Estados nacionales. Modalidades de la "fase imperium". 2. Jurisdicción internacional de control de los actos jurisdiccionales extranjeros. a. Cuestiones metodológicas. b. Contenido de la jurisdicción de control. Requisitos condicionantes para el reconocimiento o ejecución del acto jurisdiccional extranjero. c. Acotación del estudio de la jurisdicción de control a uno de los requisitos condicionantes. D. Síntesis de lo expresado en lo precedentes apartados B y C. III. LA JURISDICCION IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL. ESTATAL, SEGÚN EL ESTADO DEL CUAL EMANA: NACIONAL O EXTRANJERO. A. Jurisdicción ius privatista internacional directa. 1. Jurisdicción internacional directa de juzgamiento. a. Preliminares. b. Enunciación de los más señalados criterios atributivos de la jurisdicción internacional directa de juzgamiento. 2. Jurisdicción internacional directa de control de los actos jurisdiccionales extranjeros ("fase imperium" del Estado requerido). a. Globalidad de los aspectos que comprende y nuestra dedicación parcial a uno de ellos. b. Jurisdicción internacional directa de control de los actos jurisdiccionales extranjeros (control de la jurisdicción indirecta). B. Jurisdicción ius privatista internacional indirecta. 1. Su único rol como jurisdicción internacional de juzgamiento. 2. Enunciación de los más señalados criterios

atributivos de la jurisdicción internacional indirecta. a. Preliminares. b. Criterios atributivos de la jurisdicción indirecta basados en la teoría autónoma. b. Criterios atributivos de la jurisdicción indirecta basados en la teoría monista. d. Convivencia de los distintos criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta. IV. EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL. DIRECTA DE CONTROL, RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL INDIRECTA. A. Recordación previa. B. Consideraciones de carácter general. C. Ejercicio de la jurisdicción directa de control, respecto de la jurisdicción indirecta. Tipos o clases de control. D. Impulso del ejercicio de la jurisdicción directa de control: ¿de oficio o a petición de parte? 1. Respecto de la jurisdicción directa de control globalmente considerada. 2. Respecto de la jurisdicción directa de control en su relación con la jurisdicción indirecta.. V. JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL PARA-ESTATAL. A. Los tribunales arbitrales. B. Su rol como jurisdicción ius privatista internacional de juzgamiento. VI. FUENTES FORMALES DE LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL. A. Consideraciones de carácter general. B. Consideraciones de carácter particular. a. Derecho comunitario. 2. Derecho convencional (Tratados). 3. Derecho interno. C. Apuntes sobre las fuentes formales. VII. LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO. A. Respecto de los criterios atributivos que recogen las normas argentinas de jurisdicción internacional. B. Respecto de la naturaleza de las normas argentinas de jurisdicción internacional.

I. CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN

A. Panorama básico sobre el concepto. La "jurisdicción" como "jurisdicción judicial"

El concepto de jurisdicción no tiene razones para sentirse celoso de otros prominentes conceptos jurídicos, en punto a las encendidas y profundas polémicas que se han producido y se producen en torno a su significado. Los especialistas en Derecho Procesal, rama del Derecho en la cual se acuna dicho concepto por pertenencia científica, han elaborado a su respecto innumerables teorías, en las que no podía estar ajena su raigambre histórica ¹. La remota travesía de la justicia en manos privadas (venganza privada) a la justicia de los órganos de la comunidad (tercero imparcial) es considerada por un amplio sector de la doctrina política como el nacimiento del Estado. A partir de allí el concepto de jurisdicción transita por un amplio espectro que contiene desde la faceta que se pregunta en nombre de quién se administra la jurisdicción (justicia) (del Estado, del pueblo, de la República, del monarca) ² hasta la inexistencia de una verdadera jurisdicción (justicia) fuera de un Estado de Derecho (jurisdicción-justicia independiente).

¹ v. DI IORIO, ALFREDO J., *Aproximación al concepto de jurisdicción en el ordenamiento jurídico nacional*, en LA LEY del 19/7/83. Este trabajo contiene un examen detenido y enjundioso de la profusa doctrina nacional y extranjera que se ha ocupado del tema.

² v. SAGÜES, NÉSTOR, *¿En nombre de quién se administra Justicia?*, en JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 1981-IV-p.669 y ss.

Hay quienes han pretendido definir a la jurisdicción describiendo su significado mediante la suma de todas las perspectivas desde las cuales es posible enfocarla. Por supuesto, por querer abarcarlo todo, terminan por no conformar a nadie. Son como los agujeros negros del mundo astronómico que absorben todo y no dejan escapar ni siquiera la luz.

Sin pretender entrar en esta polémica, de cuyo tan científicamente importante, pensamos que hay determinados aspectos del concepto de jurisdicción donde las diferencias doctrinarias se acortan y, con relación a las cuales, es posible encontrar, en la época actual, una base de trabajo para que podamos incursionar en el ámbito de la jurisdicción *ius privatista internacional*.

Dentro de este orden de ideas, la jurisdicción se nos aparece como una potestad de la cual emanan decisiones que tienen fuerza vinculante y compulsiva para las partes de un litigio.

La jurisdicción es ejercida por órganos que son creados por la ley, como terceros imparciales, con la misión de: (a) declarar el derecho para dirimir un litigio suscitado entre dos o más partes (caso o causa litigiosa); (b) imponer compulsivamente el reconocimiento y la ejecución de la decisión que haya adoptado para dirimir el litigio ³.

La jurisdicción, en síntesis, es una potestad cuyo ejercicio comprende tanto la tarea de juzgar (declarar el derecho) mediante la instrucción y preparación de las vías que conduzcan a dirimir el litigio (demandas, pruebas, alegaciones, etc.) (fase juzgamiento), como asimismo la actividad de hacer reconocer y ejecutar *ius imperii* lo decidido (*fase imperium*).

En la época actual el contenido del concepto de jurisdicción que acabamos de enunciar debe ser completado con las precisiones siguientes:

1. La jurisdicción es una potestad cuyo ejercicio integral (*juzgamiento-imperium*) corresponde al Estado. Nuestra Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos, la ha calificado como *...uno de los atributos de la soberanía*.

En el moderno Estado de Derecho, el órgano jurisdiccional por antonomasia es el Poder Judicial (jurisdicción judicial) que funciona como uno de los tres poderes que constituyen el gobierno de un Estado. Inclusive, esta división de poderes también se da cuando se estructura un gobierno supranacional, como es el caso de la Comunidad Económica Europea ⁴.

El Estado, además de la *jurisdicción judicial*, o sea la propia de su Poder Judicial,

³ Puede haber reconocimiento sin ejecución (sentencias declarativas o constitutivas) pero toda ejecución supone el reconocimiento (sentencias de condena). v. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, 5ª ed., Bs.As., 1985, p.481, y Cap. IV. D. 2. b.

⁴ v. LÓPEZ LECUBE, ALEJANDRO F., *Los procesos de integración subregional del Conosur y su déficit institucional. La experiencia de las comunidades europeas*, en EL DERECHO del 22 y 25 de enero de 1993.

cuenta con una *jurisdicción militar*⁵. También cuenta con una *jurisdicción administrativa*, pero ésta no es autosuficiente y opera subordinada a la *jurisdicción judicial*⁶.

En adelante, cada vez que mencionemos la palabra *jurisdicción*, la misma debe ser entendida como *jurisdicción judicial*.

2. La circunstancia de que el Estado haya asumido la responsabilidad de la función jurisdiccional, erradicando a la justicia en manos privadas (venganza privada), transforma a esa función en una atribución (derecho-deber) del Estado. La función jurisdiccional del Estado no es pues un hacer sino un quehacer (hacer necesario e ineludible).

La erradicación de la justicia en manos privadas (se la castiga como delito) genera por ende un nuevo derecho fundamental para el hombre: el derecho a la jurisdicción⁷. Si el Estado no se lo brinda o retacea, se produce entonces una situación de denegación de justicia, cuya magnitud o gravedad pueden reconducir y retrotraer al hombre a la *justicia en manos privadas* (venganza privada), respecto de la materia en la que no encuentra adecuada respuesta del Estado.

3. La potestad jurisdiccional en lo que hace a su fase imperium es inseparable del Estado. Sólo él puede ejercerla en su territorio (posee su monopolio territorial). No ocurre lo mismo con la fase juzgamiento que, en determinadas condiciones y casos, puede ser ejercida por órganos privados, vgr. los tribunales arbitrales en asuntos exclusivamente patrimoniales (v. Cap. V).

4. El ejercicio de la potestad jurisdiccional requiere la existencia de un litigio concreto, esto es, utilizando nuestro lenguaje constitucional, reclama la presencia de una *causa* (C.N. art. 100) entendida como caso contencioso o litigioso⁸. Los casos de la jurisdicción voluntaria, al no ser contenciosos o litigiosos, se adicionan entonces a la *jurisdicción judicial*, por decisión de la ley, no de la Constitución.

B. Contenido de la jurisdicción. Especies y sub-especies jurisdiccionales

1. Jurisdicción ius privatista y jurisdicción ius publicista

La *jurisdicción judicial* admite su examen desde variadas perspectivas. Así, vgr., se

⁵ V. RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *Poder Judicial y Justicia Militar*, EL DERECHO, t.120-p.912 y ss.

⁶ V. BIANCHI, ALBERTO B., *Apuntes en torno al concepto de juez natural con particular referencia a los jueces administrativos*, en EL DERECHO del 20/5/88.

⁷ V. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho Constitucional del Poder*, Ed. Ediar, Bs.As., 1967, t.II, p.256/7. Es interesante reproducir aquí el art. 2 de la Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras: "Se considerará también satisfecho el requisito de la competencia en la esfera internacional si, a criterio del órgano jurisdiccional del Estado parte, donde deba surtir efectos, el órgano jurisdiccional que pronunció la sentencia asumió competencia para evitar denegación de justicia por no existir órgano jurisdiccional competente" (no ha sido ratificada).

⁸ V. HARO, RICARDO, *La competencia federal*, Ed. Depalma, Bs.As., 1989, p.82 y ss.

puede encarar su estudio por el nivel político de los órganos que la administran: nacionales, provinciales, supranacionales, extranjeros; por la escala que ocupan los órganos en la estructura judicial; por las órbitas de su competencia; por las distintas *jurisdicciones específicas* en que puede dividirse la *jurisdicción genérica*: jurisdicción ius privatista (procesos del Derecho Civil, Comercial, Laboral) y jurisdicción ius publicista (procesos del Derecho Constitucional, Penal, Administrativo, Fiscal).

Pues bien, el centro de nuestra preocupación apunta a la jurisdicción *ius privatista* y, dentro de ella, vamos a escoger a la sub-especie *jurisdicción ius privatista internacional*.

2. Jurisdicción ius privatista nacional e internacional

Los casos (o causas) pertenecientes al Derecho privado y que constituyen el objeto de atención de la jurisdicción *ius privatista* se seleccionan en nacionales e internacionales-multinacionales.

La jurisdicción ius privatista es entonces nacional o internacional, según sea el tipo de los casos que caigan bajo sus respectivos ámbitos de competencia.

3. Jurisdicción ius privatista internacional

En otro trabajo nos hemos ocupado in extenso de los casos nacionales y de los internacionales, y a él nos remitimos *brevitatis causa* ⁹. Allí nos explayamos sobre uno de los dos temas básicos que genera el caso *ius privatista internacional*, cuales el del Derecho sustantivo o de fondo que le es aplicable. El Derecho Internacional Privado (DIPr) es la rama del Derecho que tiene por misión dar respuesta a este interrogante.

El segundo tema básico es la localización de la jurisdicción competente donde pueda encontrar refugio jurídico un caso *ius privatista internacional* que se ha tornado litigioso. La respuesta a este segundo tema la hallamos en el Derecho Procesal Internacional y, más precisamente, en uno de sus rubros: la jurisdicción ius privatista internacional. La jurisdicción ius privatista internacional para cumplir su cometido (juzgar-imponer su resolución) se apodera de aquellos casos *ius privatistas* que posean en su conformación en elemento extranjero.

Potencialmente todos los casos *ius privatistas* internacionales tienen cabida en la jurisdicción internacional. Pero en la práctica esa potencialidad sólo se concreta respecto de una porción mínima de los casos.

Normalmente los protagonistas de los casos ajustan su comportamiento a lo que prescribe el orden jurídico establecido que les resulta de aplicación. Es infinita la cantidad de casos internacionales que diariamente, en cualquier lugar del mundo, nacen, se transforman, se desarrollan o se extinguen, sin que se produzca otra derivación que no sea,

⁹ *Elementos para una definición del Derecho Internacional Privado*, en PRUDENTIA IURIS, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA, Bs.As., 1993, N°32.

nada más y nada menos, que la natural convivencia de los hombres en paz y en orden. En el enjambre de las relaciones humanas, los derechos y obligaciones emergentes de los casos se realizan con regularidad y sin estrépito. Este comportamiento jurídico normal es lo que hace previsible a la sociedad. Como diría Ortega y Gasset, cada protagonista sabe a qué atenerse.

Tal normalidad en punto al comportamiento jurídico funciona a título de regla. La excepción está dada cuando en un caso *ius privatista* internacional los derechos y obligaciones de las partes pierden su equilibrio armónico y consentido. Esta disfunción (enfermedad) del caso puede responder a las más diversas causas, que abarcan desde el incumplimiento o mal cumplimiento de hacer, no hacer o no dar lo que el orden jurídico manda a las partes, hasta disentir en la interpretación de los derechos y obligaciones de los titulares.

Por la aludida disfunción el *caso normal* deviene en un *caso litigioso*.

El *caso litigioso* no siempre sale a la luz. Los protagonistas (las partes) pueden ocultarlo o silenciarlo. Únicamente en los *casos litigiosos* en que está comprometido el interés común, un tercero puede llevarlos al debate, como así también imponer la ley a las partes la obligatoriedad de ese debate.

Si no está comprometido el interés común, puede hallar respuesta en la *negociación* de las partes. Los casos que tratan de asuntos patrimoniales son los más claros exponentes para la utilización de esta vía. La negociación es un método que procura sanear un caso litigioso encausándolo voluntariamente para que recupere su condición de caso normal. Las partes son las que hacen el esfuerzo saludable destinado a que el orden jurídico que les es aplicable siga demostrando su vigencia natural. No es descartable que los inconvenientes y desventajas que significa la potencial recurrencia a la vía jurisdiccional actúen como una espada de Damocles para fortalecer el espíritu negociador. Máxime si esa vía jurisdiccional es internacional.

Cuando la solución de los casos litigiosos no admite jurídicamente la negociación o ésta fracasa, al lado de la actitud resignada de *dejar las cosas como están* (aceptación de los perjuicios), se abre el camino que conduce a la búsqueda del tercero imparcial, habilitado para juzgar el caso y para lograr que su resolución sea compulsivamente reconocida y ejecutada.

La jurisdicción *ius privatista internacional* es la que da respuesta a esa búsqueda del tercero imparcial como así también, y esto es lo importante, a su localización. Los casos *ius privatistas* internacionales litigiosos, cobijados por la jurisdicción internacional, no quedan a la intemperie jurídica (v. Capítulos II y III).

4. Jurisdicción *ius privatista internacional* exclusiva y concurrente

Todo caso *ius privatista* internacional litigioso tiene en su conformación elementos (aspectos) que lo vinculan con la jurisdicción internacional de dos o más Estados nacionales. Esos elementos hacen las veces de *puntos de conexión procesales*, ya que operan como

contacto procesal con la jurisdicción internacional capacitada para recibir el caso (v. Cap.III. A.1.b).

Cuando un Estado resulta instituido como el único depositario de la jurisdicción internacional para entender en un caso litigioso, esa jurisdicción deviene para él en exclusiva. La exclusividad puede ser autoconcedida (Derecho Interno), emergente de un Derecho convencional o derivada de la autonomía de la voluntad procesal de las partes (prórroga de jurisdicción). Cuando su fuente inmediata es la ley, la jurisdicción exclusiva revista la calidad de irrenunciable para el Estado y, además, la calidad de inderogable para la autonomía de la voluntad procesal de las partes (prórroga de jurisdicción)¹⁰. Participan de esta calidad de exclusiva, vgr., las acciones reales sobre inmuebles (v. Cód. Civil, art. 10 y Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil y Comercial del 1/2/71, no ratificada por nuestro país).

La jurisdicción internacional es concurrente cuando el *caso litigioso* puede ser acogido válidamente por la jurisdicción internacional de dos o más Estados con los cuales tiene contacto procesal. Los *puntos de conexión procesales* del caso son diversificados y las partes, entonces, tienen la posibilidad de optar por alguna de las jurisdicciones internacionales que se le ofrecen como alternativa.

El derecho a la jurisdicción, que contiene la necesidad de prevenir la denegación de justicia internacional, aconseja que la jurisdicción internacional concurrente sea la regla, y la jurisdicción internacional exclusiva la excepción. Sólo cuando algún o algunos elementos del caso lo vinculen manifiesta y fuertemente con los más altos principios o intereses de un Estado puede ser justificable acordar legalmente a este último una jurisdicción internacional exclusiva. Con esta rigurosa exigencia, puede ser hasta mejor digerida por los otros Estados que tienen en el caso algún contacto procesal que los vincule con ellos.

La jurisdicción internacional concurrente ha sido ampliamente receptada en nuestro Derecho Interno y Convencional. Cabe citar como ejemplo la ley 23515 (del matrimonio - incorporada al Código Civil) en materia de divorcio o alimentos (arts. 227 y 228) o ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo en materia de acciones personales (art. 56). La jurisdicción internacional concurrente funciona siempre con respecto a los casos litigiosos que puedan dar lugar a la prórroga de jurisdicción (v. Cap. V)¹¹.

5. Jurisdicción ius privatista internacional: sus diversos enfoques

a. Según el tribunal que la administra: estatal o para-estatal

La actividad jurisdiccional, para su realización, requiere de la creación de órganos que en sentido genérico podemos denominar *tribunales*.

¹⁰ V. RIGAUD, FRANÇOIS, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Ed. Civitas, Madrid, 1985, p.183.

¹¹ La Suprema Corte de Justicia de la Nación efectuó una generosa aplicación de la jurisdicción internacional concurrente, en materia de divorcio matrimonial, in re Jobke, Alfredo J. c/ Neidig, Carlos A., sentencia del 9/5/75 (EL DERECHO t.62, p.288 y ss.).

Los casos internacionales litigiosos tienen su recurrencia, en primer lugar, ante los tribunales estatales que organiza cada Estado Nacional, para efectivizar su jurisdicción internacional.

Los casos internacionales litigiosos no cuentan, por el momento, con tribunales estatales internacionales que concentren la jurisdicción internacional y establezcan sus respectivas competencias en razón de la materia, de las personas o del lugar.

En determinados supuestos, como lo son los asuntos exclusivamente patrimoniales, los casos litigiosos pueden recalar en tribunales para-estatales. Los tribunales arbitrales elegidos por las partes para dirimir sus controversias son un ejemplo de ello. De estos tribunales arbitrales nos ocuparemos *in extenso* en el Capítulo V.

b. Según el funcionamiento de sus dos fases: juzgamiento e imperium

Este tema será tratado *in extenso* en el Capítulo II. Su conocimiento es necesario para la mejor comprensión de la clasificación siguiente.

c. Según el Estado del cual emana: nacional o extranjero

Este tema será tratado *in extenso* en el Capítulo III. Esta clasificación que bifurca a la jurisdicción en directa e indirecta es la doctrinariamente más difundida y lleva en sus entrañas al enfoque del precedente punto b.

II. LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL ESTATAL,
SEGÚN EL FUNCIONAMIENTO DE SUS DOS FASES: JUZGAMIENTO E IMPERIUM

A. Definición del acto ius privatista jurisdiccional

Más arriba dijimos que cuando mencionáramos el término *jurisdicción* con él nos referíamos a su significado técnicamente acotado de *jurisdicción judicial*, tanto contenciosa (litigiosa) como voluntaria (v. Cap. I. A).

A esta altura de nuestro trabajo, consideramos necesario completar ese significado acotado, con la definición de los actos jurisdiccionales.

Los actos jurisdiccionales deben ser entendidos como *actos jurisdiccionales judiciales*. La legislación y la doctrina distinguen dos categorías de *actos jurisdiccionales judiciales*:

1. las sentencias;

2. los actos de mero trámite, las citaciones, emplazamientos, recepción y producción de pruebas, realización de medidas cautelares, los cuales, en lo que interesa a nuestro trabajo, integran lo que comúnmente se ha bautizado *auxilio judicial internacional*

motorizado por Exhortos y Cartas Rogatorias (cfr. Convención interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (art. 2) (Cidip I - 1975, ley 23503) y Convención interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (Cidip II - 1979, ley 22921)).

Esos actos jurisdiccionales, aunque huelgue repetirlo, son motivo de nuestra preocupación cuando emanan de juicios o procesos del Derecho Privado (civiles, comerciales, laborales) ¹².

B. Diferencias entre la jurisdicción ius privatista nacional y la internacional

Cuando se trata de casos ius privatistas nacionales, la preocupación del Estado en materia de jurisdicción tiene la ventaja de que a través de su propio poder legisferante organiza tanto lo que concierne al juzgamiento de los casos (fase juzgamiento), como al reconocimiento y ejecución de lo que se resuelva (fase *imperium*). La eficacia ejecutoria de los actos jurisdiccionales que recaen en los casos ius privatistas nacionales está garantizada.

Nuestra Constitución dice en su art. 7º: "Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos, y los efectos legales que producirán". Por su parte, el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, en el Libro III, Título I, Capítulo I, legisla sobre la ejecución de sentencias de tribunales argentinos (art. 499 y ss).

Cuando se trata, en cambio, de casos ius privatistas internacionales, la preocupación del Estado sólo puede ser satisfecha por su poder legisferante en lo que respecta al juzgamiento del caso litigioso (fase juzgamiento). En lo que toca al reconocimiento y ejecución de lo resuelto (fase *imperium*), el aludido poder legisferante resulta operativo si esta fase debe cumplirse en el país; no es operativo, en cambio, si esta fase debe cumplirse en el extranjero ¹³.

Esta particularidad de la jurisdicción internacional se ve reflejada nítidamente en dos situaciones muy singulares, de ocurrencia frecuente, que produce el fraccionamiento de dicha jurisdicción.

¹² Hay una fuerte corriente que acepta la extraterritorialidad de la parte de Derecho Privado que puede contener una sentencia penal, como lo es la condena indemnizatoria por los perjuicios derivados de un delito que prevé, vgr., el art. 29 del Cód. Penal. Así lo hacen la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil, elaborado entre la República Argentina y la República Italiana (art. 21) (ley 23.720) y el Acuerdo sobre Cooperación Judicial en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, celebrada entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil (art. 17) (ley 24108). Nuestro país, empero, al ratificar la Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, elaborada por la Cidip II - 1979, no adhirió a la cláusula de esta Convención que admite la posibilidad de su aplicación a esa parte de las sentencias penales (art. 1º).

¹³ Cuando el reconocimiento o la ejecución deben cumplirse en el extranjero, parte de la doctrina se inclina por tratar esta situación bajo la denominación de *eficacia extraterritorial* del acto jurisdiccional. En este trabajo utilizaremos en forma indistinta ambas denominaciones.

Primera situación: El tribunal de un Estado nacional que dicta un acto jurisdiccional debe pedir a otro Estado (a sus tribunales) su reconocimiento y ejecución, ya que allí debe producir sus efectos (eficacia extraterritorial pasiva del acto jurisdiccional).

Segunda situación: Es lo inverso de la situación anterior. Un Estado debe reconocer y ejecutar en su territorio un acto jurisdiccional dictado por un tribunal de un Estado extranjero (eficacia extraterritorial activa del acto jurisdiccional).

Como puede advertirse, la jurisdicción internacional instala las figuras del Estado requirente o de origen, y la del Estado requerido, en lo que respecta al reconocimiento y ejecución (fase *imperium*) de los casos *ius privatistas* internacionales litigiosos¹⁴. Consecuencia ineludible de ello es la surgencia de una jurisdicción internacional de control de actos jurisdiccionales extranjeros.

C. Fraccionamiento de la jurisdicción ius privatista internacional

Los casos *ius privatistas* internacionales litigiosos, por su conformación abarcativa de dos o más Estados nacionales, puede producir, según recién lo dijimos, el fraccionamiento de la jurisdicción internacional.

1. Jurisdicción internacional de juzgamiento perteneciente a los distintos Estados nacionales. Modalidades de la "fase imperium"

Con este fraccionamiento, la única fase de la jurisdicción internacional perteneciente a un Estado que tiene la condición de permanente es la fase de juzgamiento, es decir, su capacidad (competencia) para juzgar un caso internacional.

La *fase imperium* está sujeta a dos modalidades:

Primera modalidad — Postulado: El acto jurisdiccional que el tribunal de un Estado dicta en ejercicio de su jurisdicción internacional de juzgamiento debe ser reconocido o ejecutado en el propio Estado. Pues bien, aquí la *fase imperium* no forma parte de la jurisdicción internacional del Estado, ya que el acto jurisdiccional que debe ser reconocido o ejecutado reviste la categoría de *nacional*, y como tal es tratado procesalmente. La suma de la jurisdicción internacional de juzgamiento (fase juzgamiento) con la jurisdicción nacional de reconocimiento o ejecución del acto jurisdiccional es la que nos brinda la sensación o imagen de una jurisdicción internacional plena. Aunque el fraccionamiento existe, la verdad es que no se nota. Esta modalidad es la deseable para el litigante.

¹⁴ La jurisdicción *ius publicista* es, por regla general, territorial. La extraterritorialidad todavía opera como excepción, aunque se advierte una tendencia hacia su ampliación. v. FIERRO, GUILLERMO J., *La ley penal y el Derecho Internacional*, Ed. Depalma, Bs.As., 1977, p.61 y ss. El art. 9º del Cód. Civil dice: "Las incapacidades contra las leyes de la naturaleza, como la esclavitud o las que revistan carácter de penales, son meramente territoriales".

Segunda modalidad — Postulado: El acto jurisdiccional que el tribunal de un Estado dicta en ejercicio de su jurisdicción internacional de juzgamiento debe ser reconocido o ejecutado en el extranjero. Aquí, como es obvio, la *fase imperium* no forma parte de la jurisdicción internacional de ese Estado. La jurisdicción internacional del Estado exhibe, en esta modalidad, la contundente imagen de su fraccionamiento. La necesidad de solucionarlo se convierte en un imperativo de alta política jurídica (v. Cap. VIII. A).

2. Jurisdicción internacional de control de los actos jurisdiccionales extranjeros.

a. Cuestiones metodológicas

La jurisdicción internacional de control de un Estado opera respecto del reconocimiento o ejecución de actos jurisdiccionales extranjeros en el territorio propio (eficacia extraterritorial activa). Generalmente este aspecto de la jurisdicción que versa sobre el control de los actos jurisdiccionales extranjeros es tratado en forma independiente de la misma bajo los rubros *reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras* y *auxilio judicial internacional* (Exhortos o Cartas Rogatorias). Así lo vemos regulado en el Derecho interno y en el Convencional y, en prueba de ello nos remitimos, para evitar repeticiones, a los instrumentos legales que citamos en el penúltimo párrafo del siguiente punto b.

Nos parece, y así lo sostenemos, que metodológicamente corresponde que dichos rubros sean incorporados a la alforja de la jurisdicción *ius privatista internacional*.

b. Contenido de la jurisdicción de control. Requisitos condicionantes para el reconocimiento o ejecución del acto jurisdiccional extranjero.

La jurisdicción internacional de control es una herramienta jurídica que tiene vigencia y aplicación en todos los Estados nacionales. Aquí campea la expresión de la soberanía. Como bien lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación el siglo pasado *in re Molina c. Morton* "...los tribunales de un Estado sólo ejercen jurisdicción directamente sobre las personas y cosas que se encuentran en su territorio, porque fuera de él carecen de poder para hacer cumplir sus decisiones" (Fallos 7 - p.267) ¹⁵.

La interrelación de los estados nacionales ha establecido entre ellos una comunidad jurídica que es la manifestación más fructífera de una mutua interdependencia.

Los casos *ius privatistas internacionales* son uno de los múltiples asuntos que ofician como un verdadero desafío a la proclamada comunidad jurídica de las naciones.

En el seno de la comunidad jurídica de las naciones, los casos *ius privatistas*

¹⁵ El axioma de la jurisdicción territorial tiene sus excepciones: no es extensible a los Estados, diplomáticos y cónsules extranjeros, que gozan de inmunidad de jurisdicción, de acuerdo con los principios y reglas del Derecho Internacional Público (v. Decreto-ley N° 1285/58, ratificado por la ley N° 14467, art. 24°, inc. 1°).

internacionales han encontrado soluciones adecuadas en lo que hace al Derecho aplicable. Una de esas soluciones se basa en la extraterritorialidad del Derecho Privado, lo que posibilita que un tribunal aplique un Derecho Privado extranjero para resolver un caso sobre el cual recae su competencia jurisdiccional. El Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho que se ocupa de esta materia. La eficacia de la extraterritorialidad del Derecho Privado no es, empero, incondicionada, ya que está sujeta a que el Derecho Privado extranjero aplicable no transgreda u ofenda el orden público internacional del Estado que lo va a receptor (cfr. Cód. Civil, art. 14; Convención interamericana sobre Reglas Generales del Derecho Internacional Privado - Cidip II, 1979, art. 5º, Ley 22921; Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a la Compraventa Internacional de Mercaderías, art. 18º; Ley 23916).

La extraterritorialidad que cualifica al Derecho Privado también se da con relación a los actos jurisdiccionales de un Estado cuando pueden penetrar en otro Estado a los efectos del reconocimiento o ejecución de los mismos. Pero también este recibimiento no es incondicionado, pues se supedita a la previa satisfacción de requisitos formales (legalización, traducción, etc.), procesales (ejercicio del derecho de defensa) y de fondo (respeto del orden público internacional) (Cfr. Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, arts. 132 y 517; Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, art. 2º, ley 22.921, convención interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, arts. 5º/9º y 17º).

La jurisdicción *ius privatista internacional* de control está abastecida por el ordenamiento jurídico de un Estado, donde se refugian los requisitos que van a condicionar la eficacia extraterritorial del acto jurisdiccional extranjero ¹⁶.

Cuando el acto jurisdiccional extranjero pasa exitosamente el filtro a que lo somete la jurisdicción internacional de control del Estado requerido, recibe como recompensa su equiparación al acto jurisdiccional nacional. La tramitación que conlleva su reconocimiento o ejecución queda regulada por las disposiciones procesales del Estado requerido.

Lo recién expresado está recogido por: el Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 518 tercer párrafo; ambos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo, arts. 1º, 7º y 11º del de 1889, y arts. 1º, 7º y 13º del de 1939/40; Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales, art. 6º; Convención interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, art. 6º; Convención interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, arts. 5º y 6º - Cidip I, 1975, Ley 23481; Convención interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, art. 3º; Convención de La Haya sobre Procedimiento Civil, art. 14º, Ley 23502; Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial, art. 9º, Ley 23480; Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos, arts. 2º y 5º, Ley 22410; Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en Materia Civil entre la República

¹⁶ Sobre la eficacia extraterritorial de los actos de jurisdicción voluntaria, v. PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, ALICIA M., *Extraterritorialidad de los actos de jurisdicción voluntaria*, en EL DERECHO del 10/2/81.

Argentina y la República Italiana, arts. 15 y 25, Ley 23720; Convención de Cooperación Judicial entre la República Argentina y la República Francesa, art. 3º, Ley 24103; Acuerdo sobre Cooperación Judicial en Material Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Federativa del Brasil, art. 12, Ley 24108.

Creemos que es ilustrativo agregar que se advierte en el pensamiento jurídico internacional una fuerte dirección que trata de flexibilizar la aplicación ortodoxa de las disposiciones procesales del Estado requerido, respecto del reconocimiento o ejecución de actos jurisdiccionales extranjeros. Se atiende a tal fin a las características propias que posee el Derecho de cada Estado. Hay diferencias entre los actos jurisdiccionales nacionales y extranjeros, que deben ser adecuadamente meritadas al momento del reconocimiento o ejecución en el Estado requerido. El Derecho Procesal Internacional Privado no puede ser indiferente a dichas diferencias. Los instrumentos jurídicos convencionales (Tratados) han sabido incorporar soluciones con las que se trata de resolver el señalado problema de la manera más justa. Así se llega a establecer que el Estado requerido puede, si no se violentan sus normas procesales, acceder en ciertas materias a darle al acto jurisdiccional extranjero la tramitación especial solicitada por el Estado requirente. Esta dirección está centrada en la actualidad en los actos jurisdiccionales de mero trámite, citaciones, recepción de pruebas, etc. y ya figuran en las Convenciones citadas en el párrafo anterior cuando legislan sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.

c. Acotación del estudio de la jurisdicción de control a uno de los requisitos condicionantes

Entre los requisitos condicionantes para el reconocimiento o ejecución de un acto jurisdiccional extranjero, figura el de exigir que el Estado extranjero posea jurisdicción *ius privatista internacional* de juzgamiento con respecto al caso litigioso.

En este trabajo sólo nos ocuparemos de dicho requisito condicionante. Queda para más adelante la redacción del capítulo que lo completa y que se ha de referir al resto de los requisitos condicionantes. La afinidad de la jurisdicción de control con la jurisdicción de juzgamiento del Estado extranjero nos permite elaborar el trabajo total sobre la jurisdicción *ius privatista internacional* en dos etapas.

D. Síntesis de lo expresado en los precedentes apartados B y C

De lo expresado en los precedentes apartados B y C se desprende que la jurisdicción *ius privatista internacional* tiene la particularidad de estar constituida por dos fases claramente diferenciadas, en punto a su ejercicio por los Estados nacionales.

La *fase juzgamiento* del caso internacional litigioso es siempre una expresión de la jurisdicción internacional de un Estado, que no requiere para funcionar que sea motorizada por una jurisdicción internacional extranjera. Entre el caso litigioso y ella existe una relación directa.

La *fase imperium* de la jurisdicción internacional de un Estado, como jurisdicción de

control, requiere en cambio para funcionar que sea motorizada por la jurisdicción de juzgamiento de un Estado extranjero que conoció en el caso litigioso. Su relación con el caso litigioso no es directa sino derivada, ya que dicho caso le llega al Estado requerido para que reconozca o ejecute lo resuelto por una jurisdicción extranjera.

Recuérdese que, como ya lo expresamos en el anterior apartado C.1, no forma parte de la jurisdicción internacional de un Estado el reconocimiento o ejecución por el mismo Estado de un acto jurisdiccional emanado del ejercicio de su propia jurisdicción internacional de juzgamiento.

III. LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL ESTATAL, SEGÚN EL ESTADO DEL CUAL EMANA: NACIONAL O EXTRANJERO

Si existiera una jurisdicción ius privatista internacional de origen y amplitud universal, su estudio se centraría en el examen de los criterios atributivos de jurisdicción adoptados para su funcionamiento, como asimismo en los tribunales internacionales a los cuales, concretamente, se les acordaría competencia (por la materia, las personas o el lugar) ya sea para conocer en los casos *ius privatistas internacionales litigiosos*, como para resolver los conflictos de competencia (positivos o negativos) que pudieran plantearse entre ellos.

Mientras esa utópica universalidad espera su hipotético turno, la dispersión y la repartición de la jurisdicción internacional entre los distintos Estados nacionales es la *vera realidad*.

La señalada dispersión y repartición de la jurisdicción internacional entre los Estados nacionales es la que provoca su fraccionamiento (v. Cap. II. C).

Tal circunstancia conlleva a la necesidad de efectuar un análisis dividiendo a la jurisdicción *ius privatista internacional* en propia y en ajena.

Etienne Bartin bautizó a la propia como *jurisdicción internacional directa*, y a la ajena como *jurisdicción internacional indirecta*¹⁷. Las denominaciones de Bartin se han afincado con fuerza en el lenguaje jurídico y, por lo tanto, son las que hemos de utilizar.

Es en este panorama donde la jurisdicción internacional de un Estado cobra su cabal sentido. Un Estado nacional no puede concentrar toda la jurisdicción internacional del mundo. Debe compartirla con los demás Estados. Sólo le corresponde una porción de ella. La delimitación de la jurisdicción internacional de un Estado es un tema de alta política internacional. El caudal de JUSTICIA con que se impregne esa delimitación será una contribución valiosa para la armonía y las buenas relaciones entre los Estados.

¹⁷ V. GOLDSCHMIDT, WERNER, *La autonomía de la jurisdicción internacional indirecta*, en EL DERECHO del 2/10/86.

A. Jurisdicción ius privatista internacional directa

Esta jurisdicción comprende las dos fases que constituyen el contenido de la jurisdicción internacional, esto es *juzgamiento e imperium* (v. Cap. II. D).

Examinaremos separadamente el juego de dichas fases en la jurisdicción internacional directa.

1. Jurisdicción internacional directa de juzgamiento

a. Preliminares

Como vimos más arriba, los Estados nacionales deben delimitar la porción de su jurisdicción internacional. A tal fin resulta indispensable que cada Estado establezca cuándo un caso *ius privatista internacional litigioso* puede ser llevado ante los tribunales que integran su organización (Poder) Judicial. Para delimitar, y con ello determinar su jurisdicción internacional, los Estados nacionales apelan a distintos criterios mediante los cuales se vincula el caso litigioso con esa jurisdicción. Estos criterios son distinguidos con el nombre de *criterios atributivos de jurisdicción* y la diferencia entre ellos radica en el modo de utilización de los *puntos de conexión procesales* que son los que producen el contacto procesal del caso litigioso con la jurisdicción internacional de un Estado. Tales criterios atributivos permiten a las partes saber cuándo los tribunales de un Estado abren su competencia para recibir un caso internacional litigioso.

Cabe aclarar que, ubicada la jurisdicción internacional de un Estado, que puede ser exclusiva o concurrente (v. Cap. I. B. 4), la actividad dirigida al posterior hallazgo del tribunal concreto de ese Estado, con competencia para conocer efectivamente en el caso, es una cuestión extraña a la temática de la jurisdicción internacional. La organización y distribución de la jurisdicción en el propio país es un problema de Derecho interno que cada Estado nacional regimenta mediante la creación de competencias jurisdiccionales en razón de la materia, las personas o el lugar (v. Cap. VII. B)

b. Enunciación de los más señalados criterios atributivos de la jurisdicción internacional directa de juzgamiento

Los criterios atributivos de la jurisdicción internacional directa de que echan mano los Estados no se repulsan entre sí. Pueden convivir ya sea operando en forma alternativa o subsidiaria, o aplicados a materias diferentes.

1) *Criterio del paralelismo*. Postulado. El Estado cuyo Derecho Privado es el que va a regular y resolver el caso *ius privatista internacional litigioso* resulta investido por tal circunstancia con jurisdicción internacional para atraparlo hacia ella (*forum causa*).

Este criterio atributivo es muy atractivo ya que unifica al Estado que proporciona el Derecho aplicable al caso con el Estado que es jurisdiccionalmente competente para juzgarlo. Pero a esta bondad agrega una vulnerabilidad intrínseca, entre otras causas, porque

su funcionamiento requiere que, como condición previa, se encuentre respuesta a estos dos interrogantes nada dóciles y fáciles: ¿Cuál es el Estado cuyo Derecho resulta aplicable al caso? ¿Si respecto del caso concurren dos o más Derechos nacionales para resolver sus distintos aspectos (vgr. capacidad, efectos), cuál de esos Derechos es el que motoriza la jurisdicción internacional? (v. Cap. VI. A).

Ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo receptan este criterio atributivo, en el primer párrafo de sus respectivos arts. 56.

Aclaramos que no debe confundirse este criterio atributivo de jurisdicción con la solución territorialista con base jurisdiccional del caso *ius privatista internacional*, que analizamos en nuestro ya citado trabajo *Elementos para una definición del Derecho Internacional Privado*.

2) *Criterio unificador de los "puntos de conexión procesales" de la jurisdicción internacional, con los "puntos de conexión" de la norma indirecta del DIPr.* Postulado: El elemento internacional del caso (personal, real o conductista) que utiliza la norma indirecta como punto de conexión para localizar el Derecho privado aplicable es el mismo al que se recurre para localizar a la jurisdicción internacional de un Estado.

Este criterio atributivo es recogido, entre otros, por ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, para ciertos supuestos (vgr. Derecho aplicable al divorcio y jurisdicción internacional competente para entender en la respectiva acción procesal).

Como subproductos de este criterio atributivo, se promueven dos variantes:

Variante 1: la identidad de redacción de ambos puntos de conexión, el sustantivo y el procesal, no empeece a que puedan ser objeto de una interpretación diferenciada, atendiendo a sus diversas finalidades. Se acepta acordar una mayor amplitud a la interpretación del punto de conexión procesal, para facilitar el acceso a la jurisdicción internacional o evitar la denegación de justicia internacional. En esta tesitura, es ilustrativa la distinción que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación, respecto del punto de conexión sustancial *domicilio conyugal* y del punto de conexión procesal *domicilio conyugal* in re Vlasov, Emilia Cavura de c/ Vlasov, Alejandro. La sentencia lleva fecha 25 de marzo de 1965 y estaba vigente entonces la anterior Ley de Matrimonio 2393 (LA LEY t.98, p.287 y ss.). También vale la distinción que han efectuado la doctrina y la jurisprudencia del *lugar de la ejecución del contrato* como punto de conexión sustancial y procesal (Cód. Civil, arts. 1209/10 y 1215/16) ¹⁸.

Variante 2: Los puntos de conexión procesales, identificados en su redacción con los sustanciales, reciben el acompañamiento de otros puntos de conexión procesales, generándose así una jurisdicción internacional concurrente; vgr. Cód. Civil, arts. 1216, 162, 164 y 227 (respecto de los contratos y, en materia matrimonial, de las relaciones personales de los cónyuges, de la separación personal y el divorcio vincular).

¹⁸ v. Sentencia de la CN Com., Sala C, del 15/3/91, in re Quilmes Combustibles S.A. c/ Vigan S.A., en EL DERECHO del 4/2/93, fallo N° 44786.

Esta variante 2 puede funcionar simultáneamente con la variante 1.

3) *Criterio atributivo autónomo de los puntos de conexión procesales.* Postulado: El elemento internacional del caso que utiliza la norma atributiva de jurisdicción internacional como *punto de conexión procesal* es autónomo y, por ende, independiente del *punto de conexión* que utiliza la norma indirecta del DIPr. para la misma materia (vgr. Cód. Civil, arts. 159 y 227 (nulidad de matrimonio), 3284 y 3285 en su relación con el art. 3283 (sucesión hereditaria); Convención interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (Cidip IV, 1989, arts. 6º y 15º - no ratificada)).

El domicilio del demandado constituye el punto de conexión autónomo, por antonomasia.

4) *Criterio atributivo con "puntos de conexión procesales" de amplia adaptabilidad.* Postulado: El punto de conexión procesal debe gozar de una amplia adaptabilidad, respecto de casos litigiosos en los que una de las partes, por su particular situación de debilidad, requiere una mayor protección en orden a que se le proporcione un fácil acceso a la jurisdicción internacional.

Ese fácil acceso no sólo se alimenta con una variada oferta de jurisdicciones concurrentes, sino que, además, se robustece con algún punto de conexión procesal de amplia adaptabilidad, como lo son, vgr., los que consagran la competencia en la esfera internacional:

- en materia de restitución internacional de menores: del juez del Estado donde se encuentre el menor o se supone se encontrase al momento de entablarse la demanda o adonde se hubiere producido el hecho que dio origen a la reclamación (Convención interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, art. 6º).

- en materia de obligaciones alimentarias: del juez de Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos (Convención interamericana sobre Obligaciones Alimentarias -Cidip IV-1989- no ratificada, art. 8º inc. c).

Es conveniente resaltar que la tendencia a brindar mayor protección jurisdiccional a la parte más débil de un caso litigioso también se ha encauzado en las últimas décadas, por otras vías, mediante la cooperación de organismos administrativos creados expresa y específicamente para agilizar la solución extraterritorial que reclaman determinadas situaciones personales, vinculadas con los menores o con las necesidades alimentarias (v. Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, arts. 6º y 7º - Ley 23857; Convención interamericana sobre Restitución de Alimentos en el Extranjero, arts. 1º/6º - Ley 17155).

Cabe agregar, por último, que la protección del consumidor internacional puede encontrar una adecuada respuesta en este criterio atributivo.

5) *Criterio emergente de la autonomía de la voluntad procesal de las partes.* Postulado: La autonomía de la voluntad procesal de las partes es un punto de conexión procesal idóneo para localizar una jurisdicción internacional, en casos litigiosos exclusivamente patrimoniales.

Se ha ido instalando cada vez con más fuerza en el Derecho Procesal la postura que preconiza la necesidad de la vigencia de esa autonomía, que se traduce en el derecho de las partes a elegir el tribunal ante el cual van a dirimir su caso litigioso internacional, que versa sobre cuestiones exclusivamente patrimoniales.

La prórroga de la jurisdicción internacional, como expresión de la autonomía de la voluntad procesal de las partes, se transforma así en un valioso criterio atributivo de dicha jurisdicción.

Tal prórroga es dable realizarla a favor de tribunales estatales como de tribunales para-estatales (tribunales arbitrales). De estos últimos nos ocuparemos en el Capítulo V.

Este criterio atributivo no es autosuficiente. Funciona subordinado a su legitimación legal.

El Derecho argentino legitima la prórroga de jurisdicción internacional. El art. 1º del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación (Ley 17454) en su primigenia redacción repudiaba la prórroga de la jurisdicción internacional. La Ley 21305 lo modificó radicalmente, completado este cambio la Ley 22434 a través del nuevo texto del citado art. 1º, que dice así: "La competencia atribuida a los tribunales nacionales es improrrogable. Sin perjuicio de lo dispuesto por los tratados internacionales y por el artículo 12, inciso 4º de la Ley Nº 48, exceptuase la competencia territorial en asuntos exclusivamente patrimoniales, que podrá ser prorrogada de conformidad de partes. Si estos asuntos son de índole internacional, la prórroga podrá admitirse aun a favor de jueces extranjeros o de árbitros que actúen fuera de la República, salvo los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva o cuando la prórroga está prohibida por ley".

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1939/40 reza en el tercer y cuarto párrafos de su art. 56: "... Se permite la prórroga territorial de jurisdicción si, después de promovida la acción, el demandado la admite voluntariamente, siempre que se trate de acciones referentes a derechos personales patrimoniales. La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no *ficta*".

La prórroga de jurisdicción internacional estatal se encuentra, a nuestro entender, implícitamente receptada por la Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. La intervención de tribunales arbitrales es producto de la prórroga de jurisdicción (autonomía de la voluntad procesal de las partes). Por lo tanto no se advierte qué razones pueden articularse para negar que el derecho de prorrogar jurisdicción no se extienda a favor de los tribunales estatales extranjeros.

Este criterio atributivo, para funcionar, requiere la conformidad de todas las partes del caso litigioso internacional. No se puede llevar compulsivamente a una parte ante un tribunal sin su consentimiento. Esta es una característica que diferencia sustancialmente al *criterio atributivo emergente de la autonomía de la voluntad procesal de las partes* de los *criterios atributivos* comentados en los anteriores puntos -1- a -4- que operan por la sola voluntad del legislador.

La prórroga de jurisdicción internacional, aunque su contenido sea procesal-jurisdiccional, nace de una convención (contrato) entre las partes. Ello genera, en primer término,

la solución de los problemas que derivan del Derecho sustancial o de fondo que la rige (Derecho aplicable), siendo materia de discusión la autonomía de la convención de prórroga o su accesividad del contrato principal, aunque esta última teoría va perdiendo terreno ¹⁹.

Amén de lo señalado, la prórroga de jurisdicción internacional, en sí, tiene otros problemas a dilucidar, como lo son: (a) el momento de su formulación válida: antes, simultánea o posterior al planteamiento judicial del caso litigioso; (b) formulación expresa o tácita (esta última referida principalmente a los contratos de adhesión o con cláusulas predispuestas); (c) si pueden ejercerla los organismos o entidades públicas respecto de sus *actos iuris gestionis* ²⁰; (d) vicios del consentimiento que afectan su validez ²¹.

2. Jurisdicción internacional directa de control de los actos jurisdiccionales extranjeros ("fase imperium" del Estado requerido)

a. Globalidad de los aspectos que comprende y nuestra dedicación parcial a uno de ellos.

Sobre esta jurisdicción de control nos hemos explayado in extenso en el Capítulo II. C. 2, al cual nos remitimos.

También allí dijimos que sólo nos ocuparíamos en este trabajo de la jurisdicción internacional de control, en su relación con la jurisdicción internacional de un Estado extranjero (eficacia extraterritorial de sus actos jurisdiccionales).

b. Jurisdicción internacional directa de control de los actos jurisdiccionales extranjeros (control de la jurisdicción indirecta)

1) Alcance

Esta jurisdicción de control se aplica a uno de los requisitos condicionantes para la eficacia extraterritorial de los actos jurisdiccionales extranjeros. Únicamente puede ejercitarla el Estado requerido.

Dos cuestiones dominan la noción de esta jurisdicción directa de control.

La primera cuestión se relaciona con su extensión. El Estado requerido puede ser desde un anfitrión generosamente hospitalario de la jurisdicción internacional extranjera, hasta un anfitrión severamente hosco de la misma (v. anterior Apart. B.2). La mayor o menor

¹⁹ v. Sentencia de la CN Com., Sala E, del 26/9/88 in re Welbers S.A., Enrique c/ Extraktions-technik Gesellschaft Fur Anlagenbau M.B.M., en LA LEY t.1989-E, p.302 y ss, fallo N° 87918.

²⁰ v. GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D.T., *Inmunidad del Estado*, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Bs.As., 1987, N°6, p.121 y ss.; RAMAYO, RAÚL ALBERTO, *El art. 100 de la Constitución Nacional y la Nación como parte ante los tribunales de otro país*, en LA LEY, t.1976-B, p.671 y ss.

²¹ v. MOHRADE, ALFREDO, *Seguro Marítimo y ley aplicable*, en EL DERECHO del 6/5/93, y Cap. VII. A. 2.

extensión de la jurisdicción de control está claramente vinculada con la concepción que el Estado requerido tenga de la jurisdicción internacional indirecta. Ambos aspectos se influyen recíprocamente, a punto tal de no poder vivir el uno sin el otro. El Capítulo IV está destinado a mostrar esta conjunción necesaria.

La segunda cuestión apunta a la necesidad de las partes de conocer el grado de extensión de la jurisdicción internacional de control del Estado que ha de convertirse en el Estado requerido. La eficacia extraterritorial de un acto jurisdiccional depende de ello (v. Cap. IV. B).

2) *El Derecho unificado (Tratados) y la jurisdicción internacional directa de control*

La jurisdicción internacional directa de control de los actos jurisdiccionales extranjeros sigue vigente y operativa, aun en el supuesto de que dos o más Estados hayan unificado, a través de un Tratado, sus criterios atributivos de jurisdicción internacional directa de juzgamiento, como igualmente los criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta. Analizaremos ambas posibilidades.

Primera posibilidad. Está referida a los Tratados que unifican los criterios atributivos de la jurisdicción internacional directa de juzgamiento. Los Tratados de Derecho Civil de Montevideo son un ejemplo de esta clase de unificación. Por su parte, los arts. 5º inc. a de los dos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo condicionan la eficacia extraterritorial de las sentencias a que hayan sido expedidas o dictadas por tribunal competente en la esfera internacional. ¿Debe interpretarse, ante la falta en aquellos Tratados de criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta, que estos criterios son, implícitamente, una reproducción de los criterios atributivos legislados para la jurisdicción internacional directa de juzgamiento? Pensamos que la respuesta debe ser afirmativa. No sería coherente unificar los criterios atributivos de la jurisdicción directa de juzgamiento, para *a posteriori* no aceptar la *competencia en la esfera internacional* de otro Estado contratante que haya ejercitado su jurisdicción internacional de conformidad con el Derecho unificado. Todo conduce a considerar que los Tratados que unifican los criterios atributivos de jurisdicción directa de juzgamiento extienden estos criterios atributivos a la jurisdicción indirecta de los Estados contratantes, en el supuesto de que nada se diga en los Tratados sobre esta última jurisdicción. Cabe señalar que hay Tratados que unifican de manera expresa ambas jurisdicciones, directa e indirecta, vgr., Convención interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, arts. 8º/9º y 11 inc. a; Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relativas a Obligaciones Alimentarias, arts. 4º, 7º/8º (no ratificada).

Segunda posibilidad. Está referida a los Tratados que unifican los criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta. También aquí funciona la jurisdicción directa de control de los Estados contratantes. El Estado contratante requerido debe verificar que el acto jurisdiccional del Estado contratante requirente haya sido dictado por un tribunal competente en la esfera internacional, de conformidad como los criterios atributivos de la jurisdicción indirecta unificados por el Tratado. Como ejemplo pueden citarse: la Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia

Civil y Comercial, arts. 4, 10 y 11; Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de Sentencias Extranjeras, art. 4º (Cidip III-1984, no ratificada).

A diferencia de lo que ocurre, a nuestro juicio, con la unificación de los criterios atributivos de la jurisdicción directa, no es dable extender los criterios atributivos de la jurisdicción indirecta a la directa. Un Tratado que unifica únicamente los criterios atributivos de la jurisdicción indirecta no puede desconocer la jurisdicción internacional exclusiva de un Estado contratante, si no se renuncia expresamente a esta última (v. las Convenciones recién citadas, en sus arts. 12º y 4º respectivamente).

B. Jurisdicción ius privatista internacional indirecta

1. Su único rol como jurisdicción internacional de juzgamiento

Todo Estado nacional tiene dos jurisdicciones internacionales de juzgamiento.

La primera es la que el propio Estado instituye para sí mismo, en función de la adopción de sus propios criterios atributivos, ya sea a través de su Derecho interno o de su Derecho convencional (v. anterior Apart. A. 1).

La otra jurisdicción internacional de juzgamiento es la que le *conceden o reconocen* los Estados requeridos, es decir, es la jurisdicción internacional que tiene un Estado en su condición de Estado requirente para que sus actos jurisdiccionales tengan eficacia extraterritorial en los Estados requeridos. Esta segunda jurisdicción internacional de juzgamiento es la que, como vimos más arriba, se conoce con el nombre de *jurisdicción ius privatista internacional indirecta* y, como es obvio, recibe su mejor viabilidad jurídica mediante el Derecho convencional (v. el anterior Apart. B. 2. b).

Por eso, cuando hablamos de jurisdicción internacional indirecta, no debemos caer en la confusión de que con ella aludimos al concepto global de jurisdicción, comprensivo de sus dos fases: *juzgamiento e imperium* (v. Cap. I. A). Solamente nos referimos a la fase juzgamiento. Sería más exacta su denominación como *jurisdicción ius privatista internacional indirecta de juzgamiento*.

2. Enunciación de los más señalados criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta

a. Preliminares

El problema nuclear de la jurisdicción internacional indirecta consiste pues en precisar los criterios que el Estado requerido va a utilizar para el reconocimiento de la jurisdicción internacional de juzgamiento del Estado requirente.

Estos criterios atributivos indirectos pueden ser agrupados según la concepción que se tenga de la jurisdicción indirecta. Para parte de la doctrina se trata de una jurisdicción

autónoma (teoría de la autonomía). Para otra parte de la doctrina, forma una unidad de concepción con la jurisdicción directa de juzgamiento del Estado requerido (teoría monista).

Ambas teorías, la de la autonomía y la monista, dejarían de tener espacio doctrinario si, a través de un Tratado universal, se determinaran de manera absolutamente exhaustiva y sin fisuras los criterios atributivos unificados de la jurisdicción internacional directa de los Estados nacionales, los que, a su vez, operarían también como criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta (v. anterior Apart. A. 2. b).

Pero mientras ello no suceda, las dos teorías seguirán en pie disputando los correspondientes espacios.

Tanto las teorías autónoma como la monista tratan, aunque con distintos criterios atributivos, el reconocimiento de la jurisdicción internacional de juzgamiento del Estado requirente, como legitimadora de la competencia del tribunal extranjero en la esfera internacional, para dictar el respectivo acto jurisdiccional. El tema del reconocimiento requiere, sin embargo, una consideración especial para la teoría monista, que haremos en su lugar.

Nos limitaremos a exponer los criterios atributivos en vigencia. En todos ellos, como podrá comprobarse, su contenido no es puro e incondicionado. El reconocimiento de la jurisdicción internacional del Estado requirente se mueve en un mundo sólido, pero con reservas, excepciones y limitaciones.

b. Criterios atributivos de la jurisdicción indirecta basados en la teoría autónoma

1) *Criterio atributivo generoso, con reserva.* Postulado: El Estado requerido admite la eficacia ejecutoria del acto jurisdiccional que emana de un tribunal extranjero, sin ocuparse de constatar que ese tribunal tenga, efectivamente, jurisdicción en la esfera internacional. Pero la ejecución se hace con la reserva de que la misma no implica el reconocimiento de la jurisdicción indirecta del Estado requirente, que se imputa como legitimadora del acto jurisdiccional extranjero.

Este criterio atributivo funciona en la actualidad, respecto de actos jurisdiccionales que no sean sentencias, sino actos jurisdiccionales que versan sobre el *auxilio judicial internacional* (citaciones, medidas de prueba, etc.) donde la finalidad que se persigue es la de incrementar, facilitar y agilizar la cooperación jurídica recíproca de los Estados.

Por eso, la reserva del *no reconocimiento* de la jurisdicción internacional indirecta del Estado requirente significa el *no reconocimiento anticipado* de dicha jurisdicción como legítima receptora del caso internacional litigioso, cuyo proceso se encuentra tramitando el tribunal extranjero. Hay una calculada escisión entre el acto jurisdiccional extranjero y la jurisdicción internacional extranjera que lo legitima. El Estado requerido queda en franquía para restablecer la unidad en el momento oportuno, incluso cuando eventualmente se le solicite el reconocimiento o la ejecución de la sentencia respectiva que recaiga en el proceso donde se originaron aquellos actos jurisdiccionales. Como se

advierte, la *generosidad* del criterio atributivo no se confunde con *prodigalidad jurisdiccional*.

Como ejemplo de la recepción de este criterio atributivo, pueden citarse: las Convenciones interamericanas sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (art. 9º), sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (art. 8º) y sobre Cumplimiento de medidas Cautelares (art. 9º); Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos (art. 7º).

La Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil y Comercial lleva más lejos este criterio atributivo generoso, al prescribir en su art. 12 inc. b que “no podrá denegarse la ejecución por el sólo hecho de que la legislación del Estado requerido reivindica competencia judicial exclusiva en la causa de que se trata o no reconoce derecho de acción para responder al objeto del pedido presentado ante la autoridad requirente”.

2) *Criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero, con una única excepción.*
Postulado: El Estado requerido reconoce como jurisdicción indirecta la jurisdicción internacional de juzgamiento del Estado requirente. Y esta última opera a su vez como legitimadora de la competencia en la esfera internacional del tribunal extranjero del cual emana el respectivo acto jurisdiccional, con la única excepción de que no afecte la jurisdicción exclusiva del Estado requerido.

Este criterio atributivo se aplica, por regla general, a los actos jurisdiccionales extranjeros categorizados como *sentencias*.

El art. 1º del Cód Procesal Civil y Comercial de la Nación admite la prórroga de jurisdicción en casos internacionales de índole patrimonial ... *salvo en los casos en que los tribunales argentinos tienen jurisdicción exclusiva...*

La República Oriental del Uruguay ha incorporado este criterio respecto de la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras ²².

España también aplica este criterio a los actos jurisdiccionales referidos al *auxilio judicial internacional* ²³.

Es de interés ilustrativo recordar la reserva de la delegación argentina del art. 1º del Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1939/49. Expresa: “Entiende que cuando al diligenciarse un exhorto se opusieren ante el juez requerido las excepciones de *litis pendencia* o de incompetencia de jurisdicción, atribuyendo el conocimiento de la

²² En la nueva regulación del Derecho Internacional Privado en el Uruguay, se establece en el art. 539. 1. inc. 4º que las sentencias extranjeras tendrán eficacia extraterritorial “... cuando el tribunal sentenciante tenga jurisdicción en la esfera internacional para conocer en el asunto, de acuerdo con su derecho, excepto que la materia fuera de jurisdicción exclusiva de los tribunales patrios”. v. TELLECHEA BERGMAN, *Normas Procesales Internacionales*, en JURISPRUDENCIA ARGENTINA del 21/11/90.

²³ v. TELLECHEA BERGMAN, ob. cit.

causa a los tribunales del Estado a que dicho juez pertenece, puede éste negarse a diligenciarlo total o parcialmente, en defensa de su propia jurisdicción”.

3) *Criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero, sujeto a un específico sistema jurídico compartido.* Postulado: El Estado requerido se compromete convencionalmente a reconocer la jurisdicción indirecta del Estado contratante requirente, la cual debe ajustarse a los criterios atributivos emergentes de una determinación normativa compartida y, además, no afectar la jurisdicción exclusiva del Estado contratante requerido. Y dicha jurisdicción indirecta opera a su vez como legitimadora de la competencia en la esfera internacional del tribunal del Estado contratante del cual emana el respectivo acto jurisdiccional.

Este criterio atributivo está dedicado, por regla general, a las *sentencias*. Encuentra su instrumentación en el Derecho convencional (Tratados) aunque el tiempo es el que dirá si se transformará en el producto de la labor de órganos supranacionales, esto es, del Derecho comunitario que puede regir en bloques de naciones integradas. Por ahora, el Derecho convencional (Tratados) es el medio jurídico regular que utilizan los Estados para uniformar (crear un Derecho compartido) los criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta y, de este modo, afianzar y garantizar la eficacia extraterritorial de las sentencias dictadas en el Estado contratante requirente.

El tratamiento jurídico específico (autonomía) de la jurisdicción indirecta lo hallamos en la Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras y en la Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras. En ambas convenciones se emplea el método de enunciar, particularizadamente, los criterios atributivos de jurisdicción internacional indirecta para cada caso (materia) en concreto ²⁴.

Por supuesto, dicha enunciación nunca puede ser exhaustiva, razón por la cual los Estados retienen, respecto de los casos (materia) internacionales que no están incluidos en esa enunciación, la potestad de hacer valer sus propios criterios atributivos de la jurisdicción indirecta, que pueden ser, vgr., los detallados en el anterior punto -2- o en el siguiente punto c. -3-.

Reviste interés traer a colación las conclusiones a las que se arribó en el Seminario convocado por la Organización de Estados Americanos (OEA) en Washington, en abril de 1980, sobre temas de Derecho Procesal Internacional, y que fueron tenidas en cuenta para la confección de la Convención interamericana recién citada.

²⁴ En aquellos casos internacionales litigiosos en los cuales se procura brindar protección a la parte más débil se ha empezado a considerar razonable la competencia de cualquier jurisdicción internacional, con la condición de que el demandado en juicio hubiere comparecido sin objetar la competencia (v. Convención interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, art. 8º últ. párr; Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relativas a Obligaciones Alimentarias, art. 7 inc. 3º).

Estas conclusiones fueron aprobadas bajo el rubro: *Bases de jurisdicción internacional para la eficacia Extraterritorial de las sentencias extranjeras*. En síntesis, en lo que aquí interesa, se propone:

- el método enunciativo para determinar la jurisdicción indirecta, como así también para determinar los casos (materia) excluidos.

- la validez de la jurisdicción indirecta ... *si después de promovida la acción el demandado consiente por escrito voluntariamente la jurisdicción*. La nombrada Convención interamericana admite la prórroga de jurisdicción ... *en materia de fueros renunciables* (art. 1º Apart. A inc. 4º).

- el derecho del Estado requerido a rechazar la eficacia extraterritorial de la sentencia extranjera ... *si el tribunal sentenciador ha invadido la jurisdicción exclusiva* ²⁵.

4) *Criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero, condicionado por la razonabilidad*. Postulado: El Estado requerido reconoce como jurisdicción indirecta la jurisdicción internacional de juzgamiento del Estado requerido. Y esta última opera, a su vez, como legitimadora de la competencia en la esfera internacional del tribunal extranjero del cual emana el respectivo acto jurisdiccional, siempre que no afecte la jurisdicción exclusiva del Estado requerido y, además, que puedan ser calificados de *razonables* los criterios atributivos de la jurisdicción directa de juzgamiento del Estado requirente.

En materia de jurisdicción indirecta, la unificación enunciativa de los criterios atributivos (v. anterior punto –3–) es la expresión y el resultado de lo que podríamos llamar un *juicio de razonabilidad compartido* de los mismos.

El maestro Werner Goldschmidt ha preconizado la postura de reservar al Estado requerido la potestad de hacer valer su *juicio de razonabilidad* para rechazar o reconocer la jurisdicción indirecta del Estado requirente. La fórmula que propone como sustitutiva del método enunciativo es la siguiente: *El juez requerido puede rechazar el reconocimiento de la sentencia, si el requirente ha invadido su jurisdicción exclusiva afectando su orden público, o si la jurisdicción del juez requirente carece de todo fundamento razonable* ²⁶.

Pensamos que la fórmula de Goldschmidt es sumamente atractiva para llenar, fundadamente, el espacio que deja la enunciación nunca exhaustiva de los casos (materia) internacionales, cuando se unifican convencionalmente los criterios atributivos de la jurisdicción indirecta (v. anterior punto –3– y siguientes puntos c.–1– y –2–).

c. Criterios atributivos de la jurisdicción indirecta basados en la teoría monista

1) Criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero sujeto a un sistema jurídico

²⁵ v. Rev. PRUDENTIA IURIS, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA, Bs.As., 1980, Agosto, p.20 y ss.

²⁶ v. GOLDSCHMIDT, WERNER, *La autonomía de la jurisdicción indirecta*, cit. y *Jurisdicción Internacional directa e indirecta*, en PRUDENTIA IURIS, cit. en nota anterior, p.9 y ss.

compartido de unidad jurisdiccional expresa. Postulado: El Estado requerido se compromete convencionalmente a reconocer la jurisdicción indirecta del Estado contratante requirente, la cual debe ajustarse, por imposición expresa, a los criterios atributivos que se utilizan para determinar la jurisdicción de juzgamiento emergente de una normativa compartida. Y dicha jurisdicción indirecta, unificada expresamente con la jurisdicción de juzgamiento, opera a su vez como legitimadora de la competencia en la esfera internacional del tribunal del Estado contratante del cual emana el respectivo acto jurisdiccional.

Encontramos este criterio atributivo, vgr., en la Convención interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, arts. 8º/9º y 11º inc. c, y en la Convención de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias relativas a Obligaciones Alimentarias, arts. 4º y 7º/8º. La fórmula empleada por ambas convenciones puede sintetizarse así: Los actos jurisdiccionales dictados en un Estado contratante deberán ser reconocidos y ejecutados en otro Estado contratante, si han sido dictados por un tribunal considerado como competente, de conformidad con la jurisdicción de juzgamiento que determina la Convención.

2) *Criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero sujeto a un sistema jurídico compartido de unidad jurisdiccional implícita.* Postulado: El Estado requerido se compromete convencionalmente a reconocer la jurisdicción del Estado contratante requirente, la cual debe ajustarse, por imposición implícita, a los criterios atributivos que se utilizan para determinar la jurisdicción de juzgamiento emergente de una normativa compartida. Y dicha jurisdicción indirecta, unificada expresamente con la jurisdicción de juzgamiento, opera a su vez como legitimadora de la competencia en la esfera internacional del tribunal del Estado contratante del cual emana el respectivo acto jurisdiccional.

Sería un contrasentido que no se reconociera la jurisdicción indirecta de un Estado contratante, cuando la misma ha sido ejercitada de acuerdo con los criterios atributivos unificados de la jurisdicción de juzgamiento y que son emergentes, precisamente, de una normativa convencionalmente compartida.

Ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, que unifican los criterios atributivos de la jurisdicción de juzgamiento para ciertos casos, como los dos Tratados de Derecho Procesal Internacional, nos brindan un claro ejemplo de lo que recién dijimos. Estos dos últimos Tratados establecen como exigencia que el tribunal del cual emana el acto jurisdiccional tenga competencia en la esfera internacional. Pues bien, esa competencia en la esfera internacional no puede ser negada, si se acomoda a los criterios unificados de la jurisdicción de juzgamiento que figuran en los citados Tratados de Derecho Civil Internacional.

La determinación implícita de la jurisdicción indirecta deriva, entonces, como contracara natural de la unificación entre dos o más Estados, de los criterios atributivos de la jurisdicción directa de juzgamiento.

3) *Criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero emergente de la transferencia de lo propio.* Postulado: El Estado requerido reconoce la jurisdicción indirecta del

Estado requirente, como legitimadora de la competencia en la esfera internacional del tribunal del cual emana el respectivo acto jurisdiccional, cuando los criterios atributivos de aquélla sean una reproducción de los criterios atributivos de la jurisdicción directa de juzgamiento del Estado requerido.

No mediando convenciones (Tratados), este criterio atributivo consagra la prevalencia y, con ello, la transferencia a la jurisdicción indirecta del Estado requirente, de los criterios atributivos adoptados para sí por el Estado requerido a los fines de determinar su propia jurisdicción de juzgamiento. En otras palabras, la jurisdicción indirecta del Estado requirente, para dotar de eficacia extraterritorial a los actos legitimados por ella, debe mirarse en el espejo de la jurisdicción internacional de juzgamiento del Estado requerido y reproducir una imagen que sea exactamente igual a la de esta última jurisdicción, para atrapar al caso.

Se afilian a este criterio atributivo los arts. 517 inc. 1º y 132 segundo párrafo del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, que dicen respectivamente: "Las sentencias de los tribunales extranjeros tendrán fuerza ejecutoria en los términos de los tratados celebrados con el país de que provengan. Cuando no hubiese tratados, serán ejecutables si concurriesen los siguientes requisitos: 1º Que la sentencia con autoridad de cosa juzgada en el Estado en que se pronunciado emane de tribunal competente, según las normas argentinas de jurisdicción internacional...", y "... Se dará cumplimiento a las medidas solicitadas por autoridades judiciales extranjeras, cuando la comunicación que así lo requiera resulte que han sido dispuestas por tribunales competentes según las reglas argentinas de jurisdicción internacional..."²⁷.

También podría considerarse que, en materia de sentencias, adopta este criterio atributivo la Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ya que su art. 2º inc. d dispone: "... que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deba surtir efectos". Sin embargo, hay quienes sostienen que no se debe enrolar a esta convención en el espíritu de la teoría monista. Arguyen como prueba de ello a la Cidip III, donde se consideró que dicha convención debía ser complementada con otra que se ocupara específicamente de la jurisdicción internacional indirecta (adopción de la teoría autónoma). En esa Cidip III se elaboró entonces las tantas veces citada Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

Queda sobre este criterio atributivo una cuestión pendiente por aclarar: ¿el acto jurisdiccional extranjero, a los fines de su eficacia extraterritorial recibe su legitimidad, exclusivamente, de las normas de la jurisdicción internacional directa de juzgamiento del Estado requerido? La respuesta afirmativa nos puede llevar al absurdo de que el acto

²⁷ Este criterio atributivo también ha sido entronizado por las ya citadas convenciones bilaterales celebradas entre la República Argentina y las Repúblicas Francesa (art. 2º inc. 1º) y Federativa del Brasil (art. 18 inc. c). No se ha seguido este criterio en la convención celebrada con Italia (v. art. 22 inc. 2). v. BOGGIANO, ANTONIO, *Derecho Internacional Privado*, Ed. Depalma, 2ª ed., Bs.As., 1983, t.I, p.447 y ss. y t.II p.1329 y ss.

jurisdiccional extranjero sea legítimo para la ley del Estado requerido, pero jurisdiccionalmente ilegítimo desde la perspectiva de la jurisdicción internacional de Estado extranjero al cual pertenece el tribunal que lo dictó. La transferencia de los propios atributivos de la jurisdicción de juzgamiento no puede llegar al extremo de sustituir, sin más, a los criterios atributivos de la jurisdicción que se ha dado para sí el Estado extranjero. Pensamos que el acto jurisdiccional extranjero recibe su inicial legitimidad de la jurisdicción internacional del Estado requirente, aunque esto no le baste al Estado requerido y le exija también la coincidencia, en el caso, con los criterios atributivos propios.

Por último, pensamos que si la República Argentina ratifica la Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, podría fundadamente sacarse al art. 517 inc. 1º (ídem 132) del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación de su interpretación literal, para llevarlo, a través de una interpretación sistemática y teleológica, a coincidir con el criterio atributivo de jurisdicción indirecta señalado en el anterior Apart. b.—4—.

d. Convivencia de los distintos criterios atributivos de la jurisdicción internacional indirecta

De acuerdo a lo expuesto precedentemente, puede notarse que en el Estado requerido pueden convivir dos o más criterios atributivos de jurisdicción indirecta. A través de la legislación interna y convencional consignada, se desprende que nuestro país es un claro ejemplo de tal convivencia.

IV. EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL DIRECTA DE CONTROL, RESPECTO DE LA JURISDICCIÓN INTERNACIONAL INDIRECTA

A. Recordación previa

Creemos conveniente, de manera previa, recordar que la jurisdicción de control abarca la fiscalización de todos los requisitos condicionantes a los que es sometido un acto jurisdiccional extranjero, para que pueda alcanzar eficacia extraterritorial en el Estado requerido. Pero nuestra preocupación, por ahora, se centrará, según lo anticipamos, en el control de uno de los requisitos condicionantes: la competencia en la esfera internacional del tribunal extranjero del cual emana el acto jurisdiccional de que se trata (v. Cap. II C. 2. c).

B. Consideraciones de carácter general

El tema de la eficacia extraterritorial de los actos jurisdiccionales extranjeros, por regla general, está asociado necesariamente a la jurisdicción internacional que lo legitima. Por aplicación de esa regla general, el tribunal del cual emana el acto jurisdiccional debe tener competencia en la esfera internacional para dictarlo. En otras palabras, ese acto jurisdic-

cional debe contar con una jurisdicción internacional que lo legitime, la que, a su vez, también debe ser legítima y, como tal, reconocida por el Estado requerido.

En el anterior Cap. II. B. 2 expusimos los distintos criterios atributivos que se pueden utilizar para la determinación de una jurisdicción indirecta legítima para el Estado requerido.

En función de lo dicho, la jurisdicción directa de control del Estado requerido debe efectuar una doble verificación de legitimidad: la de la legitimidad del acto jurisdiccional extranjero respecto de la jurisdicción indirecta a la cual se lo imputa, y la legitimidad de la jurisdicción indirecta en sí, según los criterios atributivos que haya adoptado para reconocerla.

El ejercicio de la jurisdicción directa de control del Estado requerido, respecto de la jurisdicción indirecta del Estado requirente, no se realiza en abstracto, sino en la oportunidad en que se solicita se le acuerde eficacia extraterritorial a un acto jurisdiccional extranjero.

Por eso, la verificación de la doble legitimidad debe principiar con la legitimidad de la jurisdicción indirecta (reconocimiento o rechazo por el Estado requerido) y, si pasa ese filtro, debe seguirse con la legitimidad de la competencia del tribunal para ver si se ajusta a la normativa de la jurisdicción indirecta reconocida (adecuación o no a esta última).

La verificación de la legitimidad bifurcada entre la jurisdicción indirecta y el acto jurisdiccional extranjero tiene dos excepciones que autorizan al marginamiento de esa verificación:

— Primera excepción: se da cuando el Estado requerido, por razones de cooperación judicial internacional, acuerda eficacia extraterritorial al acto jurisdiccional extranjero, sin detenerse en su legitimidad jurisdiccional.

— Segunda excepción: se da cuando el Estado requerido rechaza la eficacia extraterritorial del acto jurisdiccional extranjero, por invadir su jurisdicción exclusiva.

C. Ejercicio de la jurisdicción directa de control, respecto de la jurisdicción indirecta. Tipos o clases de control

El Ejercicio de la jurisdicción directa de control tiene, en cuanto a su extensión, una vinculación indivorciable de la concepción que el Estado requerido haya adoptado respecto del reconocimiento de la jurisdicción indirecta del Estado requirente (v. Cap. III. B. 2).

El control tiene por finalidad dar o negar eficacia extraterritorial a un acto jurisdiccional extranjero. Su implementación, sin embargo, deviene compleja, al establecerse el contenido de los diversos tipos o clases de control.

Los dos primeros controles que enunciaremos excluyen el examen de la legitimidad de la jurisdicción indirecta y de la legitimidad del acto jurisdiccional. Los controles restantes sí verifican, según los casos, la legitimidad de la jurisdicción indirecta como la del acto jurisdiccional, o sólo la legitimidad de este último.

Con arreglo a lo expresado, enunciaremos los variados tipos o clases de control, los que incluso pueden funcionar en forma conjunta en el Estado requerido ²⁸.

1. *Control congelado o pospuesto*: Se aplica cuando el Estado requerido adopta el *criterio atributivo generoso, con reserva* (v. Cap. III. B. 2. b. -1-).

2. *Control de resguardo de lo propio*: Con excepción del control anterior, el control que nos ocupa precede siempre y necesariamente a todos los demás controles. Es infaltable en la jurisdicción de control de los Estados, ya que tiene por misión salvaguardar la jurisdicción exclusiva. Los demás controles recién entran en escena cuando el ejercicio de este control determina que esa jurisdicción exclusiva está a salvo.

Si el acto jurisdiccional extranjero no pasa la barrera de este control, ahí termina su pretendida eficacia extraterritorial. El rechazo, como dijimos antes, margina y torna inútil cualquier examen sobre su posible doble legitimidad jurisdiccional.

3. *Control de legitimidad del acto jurisdiccional extranjero*: Se aplica cuando el Estado requerido adopta el *criterio atributivo de reconocimiento, con una única excepción* (v. Cap. III. B. 2. b. -2-).

La jurisdicción indirecta del Estado requirente es la misma que su jurisdicción directa de juzgamiento y el Estado requerido la reconoce *ab initio* como legítima. Desde esa legitimidad reconocida, el control se efectúa para determinar si encuentra su propia legitimidad en ella el acto jurisdiccional dictado por el tribunal extranjero.

4. *Control de legitimidad de lo extranjero*: Se aplica cuando el Estado requerido adopta el *criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero, condicionado por la razonabilidad* (v. Cap. III. B. 2. b. -4-).

La jurisdicción indirecta del Estado requirente es la misma que su jurisdicción directa de juzgamiento, pero el Estado requerido condiciona el reconocimiento, esto es su legitimidad, a la circunstancia de que los criterios atributivos que la conforman con relación al acto jurisdiccional de que se trata sean *razonables*. Sólo en el supuesto de que esa jurisdicción indirecta puntual pase el tamiz de su control de razonabilidad, recién es dable ingresar al control siguiente, dirigido a determinar si encuentra su propia legitimidad en ella el acto jurisdiccional dictado por el tribunal extranjero ²⁹.

²⁸ v. RADZYMSKI, ALEJANDRO P., *El régimen de las notificaciones provenientes del extranjero en el Derecho Procesal Civil Internacional Argentino*, en EL DERECHO, t. 141, p. 553 y ss..

²⁹ Con este tipo de control se pretende prever y sortear cualquier tentación malsana de algún Estado de auto-atribuirse una jurisdicción exorbitante o exagerada. Reviste interés lo expresado al respecto por François Rigaud cuando dice: "En materia judicial, la competencia del juez nacional de los litigantes era fundamental según el Código Civil francés de 1804. A reserva de la aplicación se los tratados internacionales, el art. 14º del Código Civil francés permite aún al demandante francés presentar ante los tribunales franceses una acción que no presente ninguna otra conexión con ese país y, según el art. 15º, puede ser siempre citado, como demandado, ante los mismo tribunales. A pesar de la críticas justamente formuladas contra una competencia tan exorbitante con la que el artículo 14º del Código Civil francés, la nacionalidad de las partes (sobre todo si es común) y, al menos, la nacionalidad del demandado, continúa siendo un criterio válido de competencia judicial internacional" (ob. cit., p. 176).

5. Control de legitimidad del acto jurisdiccional extranjero, en función de un sistema jurídico compartido: Se aplica cuando el Estado requerido adopta los criterios atributivos de reconocimiento de lo extranjero, sujeto a un específico sistema jurídico compartido, de reconocimiento de lo extranjero, sujeto a un sistema jurídico compartido de unidad jurisdiccional expresa y reconocimiento de lo extranjero, sujeto a un sistema compartido de unidad jurisdiccional implícita (v. Cap. III. B. 2. b -3- y c. -1- y -2-).

El Estado requirente y el Estado requerido revisten, como circunstancia común y decisiva, la de ser Estados co-contratantes. Lo importante es que ambos se reconocen, recíprocamente, una jurisdicción indirecta que responde a un sistema jurídico compartido. La unificación convencional de los criterios atributivos de la jurisdicción indirecta obvia su control de legitimidad por los Estados contratantes cuando se pretende dar eficacia extraterritorial a un acto jurisdiccional que la invoca como fuente de imputación para su dictado. El control, por lo tanto, se centra entonces en determinar si encuentra su propia legitimidad en la jurisdicción indirecta unificada, el acto pronunciado por el tribunal del Estado contratante requirente.

6. Control de legitimidad de lo extranjero, de carácter reflejo: Se aplica cuando el Estado requerido adopta el criterio atributivo de reconocimiento de lo extranjero emergente de la transferencia de lo propio (v. Cap. III. B. 2. c. (3)).

La jurisdicción indirecta del estado requirente, para ser reconocida, esto es, considerada legítima por el Estado requerido, debe pasar por el control de este último, que le exige para ello que los criterios atributivos que la conforman con relación al acto jurisdiccional de que se trata sean una reproducción de los propios criterios atributivos de la jurisdicción de juzgamiento del Estado requerido. Sólo en el supuesto de que esa jurisdicción indirecta puntual pase este verdadero control reflejo, esto es que se acepte que superó el tamiz de su control reflejo, recién es dable ingresar al control siguiente, dirigido a determinar si encuentra su propia legitimidad en ella el acto dictado por el tribunal extranjero.

Lo cierto es que la referencia expresa y directa que se hace al control del acto jurisdiccional extranjero según las normas de jurisdicción internacional del Estado requerido constituye, en realidad, un control previo sobre la legitimidad de la jurisdicción indirecta del Estado requirente, usando los mismos parámetros. Ello es así, aunque en apariencias se lo disimule.

Como dijimos en el Cap. III. B. 2. c. -3- *in fine*, la eventual ratificación por nuestro país de la Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras podría dar pie a que este control de legitimidad tan riguroso se flexibilice.

D. Impulso del ejercicio de la jurisdicción directa de control: ¿de oficio o a petición de parte?

1. Respecto de la jurisdicción directa de control globalmente considerada

La jurisdicción *iusprivatista internacional* es un atributo de la soberanía de los Estados

nacionales (v. Cap. I. A) y, como tal, goza, según vimos, de un consenso de aceptación universal. La jurisdicción internacional directa de control de un Estado nacional participa de esta cualidad, por ser una de las dos fases básicas de aquella jurisdicción internacional.

Esta jurisdicción de control, incluso, ha sido expresamente aceptada respecto de la eficacia extraterritorial de actos jurisdiccionales extranjeros que no revisten la categoría de sentencias, cuyo tratamiento más flexible no es óbice para que puedan ser rechazados por el Estado requerido, si no satisfacen los requisitos condicionantes de forma, procesales o de fondo (orden público internacional). Cfr. Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 132 segundo párrafo; Convenciones interamericanas sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (arts. 5º y 18º), sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (arts. 10º y 16º) y sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (arts. 14º y 12º); Convenio entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay sobre Igualdad de Trato Procesal y Exhortos (arts. 5º, 7º). Por su parte, las Convenciones de La Haya sobre Procedimiento Civil y sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero eluden mencionar, entre los requisitos condicionantes que fundamentan el rechazo, al *orden público internacional*: Ambas convenciones, en síntesis, establecen que cabe el rechazo del Exhorto, cuando: – no figura la debida traducción o autenticidad, – la ejecución no está comprendida en las atribuciones del Poder Judicial del Estado requerido y – el Estado requerido considera que la ejecución podría atentar contra su soberanía o seguridad (arts. 4º/5º y 12º, respectivamente). Las citadas convenciones son un tanto indulgentes para con los requisitos condicionantes de carácter formal. Admiten que las falencias formales puedan ser subsanadas, a solicitud del Estado requerido, mediante ampliaciones complementarias.

La aludida jurisdicción de control, en su concepción global, es pues una expresión del Poder soberano, que el Estado nacional tiene el derecho y la obligación de ejercer (atribución).

Señalado lo anterior, sigue como segunda cuestión la de precisar si el ejercicio de esa atribución jurisdiccional de control debe ser siempre impulsada de oficio (principio de la oficialidad), de oficio con la participación de las partes afectadas, o por la sólo iniciativa de esas partes (principio dispositivo).

En materia de jurisdicción internacional de control, puede sostenerse que la regla general es que su impulso responde al principio de la oficialidad. El ingreso al propio territorio nacional de un acto jurisdiccional extranjero para producir efectos en el mismo (reconocimiento o ejecución) debe ser siempre objeto de control, ya que el Estado requerido, en resguardo de su soberanía, debe rechazarlo de oficio si no satisface los requisitos condicionantes exigidos para dotarlo de eficacia extraterritorial.

El ejercicio de este control que el Estado requerido está compelido a impulsar de oficio puede flexibilizarse por decisión de ese mismo Estado, cuando recaiga sobre un requisito condicionante cuya entidad no comprometa manifiestamente a su soberanía. Razones que hacen a la buena y armónica convivencia internacional, a la protección de la parte más débil de un caso litigioso o a la prevalencia en el caso litigioso del interés de las partes en asuntos exclusivamente patrimoniales pueden determinar, fundadamente, que el Estado resigne el ejercicio de su atribución de control (que no es la renuncia de su atribución de controlar) o considere que su ejercicio sea impulsado a instancia de parte.

Por supuesto, las excepciones al ejercicio del control de oficio deben ser expresas, limitadas a casos que lo justifiquen y de interpretación restrictiva. Estas exigencias no son otras que las que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado para legitimar a las excepciones que pueden contener una regla general. La abundancia de excepciones es la forma más efectiva de matar a una regla general. Decían sabiamente los romanos: *Exceptio firmat regulam* (la excepción confirma la regla) y *Exceptio est strictissimae interpretationis* (las excepciones son de interpretación estricta).

Dentro del orden de ideas recién expresado, el ejercicio de la jurisdicción directa de control por el Estado requerido, respecto de la jurisdicción indirecta del Estado requirente, ofrece algunas particularidades, que trataremos en el Apartado siguiente.

2. Respecto de la jurisdicción directa de control en su relación con la jurisdicción indirecta

Como ya vimos al tratar el tipo o clase de control que denominamos *control congelado o pospuesto*, el Derecho convencional, que también es vigente en nuestro país, ha establecido la resignación por el Estado requerido del ejercicio de su atribución de control sobre la legitimidad jurisdiccional de actos de mero trámite, citaciones, emplazamientos, etc. Ello también conlleva la resignación del ejercicio de control sobre la jurisdicción indirecta del Estado requirente en la que deben sustentarse. Pero vale repetirlo, no es una renuncia a la atribución de control. Es sólo la resignación de su ejercicio, hecha bajo reserva.

En un fallo de fecha 13 de setiembre de 1990, en que se hizo aplicación de la Convención interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, la CN Com. Sala D estableció que no es procedente el planteamiento por la parte ante tribunal requerido de una cuestión de competencia referida a la jurisdicción internacional de Estado requirente del cual emanaba el Exhorto, por el que se solicitaba la notificación de una demanda ³⁰. O sea que la resignación vía convención, por el Estado requerido, del ejercicio de la jurisdicción de control de la jurisdicción indirecta también constituía un imperativo para la parte afectada.

La situación cambia cuando se trata de sentencias extranjeras. Tanto en los dos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo como en la Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, o en los convenios específicos celebrados con la República Federativa del Brasil y con Francia (antes citados), la eficacia extraterritorial de las sentencias no escapa al control de oficio de la misma por el Estado requerido. En dichas convenciones no figuran excepciones.

Por lo tanto, el ejercicio de la jurisdicción de control por el Estado requerido opera conforme al principio de oficialidad, en punto a la jurisdicción indirecta al Estado requirente, ejercicio que, por cierto, según los diferentes supuestos, puede consistir en el uso de los tipos o clases de control que detallamos en el Apart. C.

³⁰ v. In re Federal Deposit Insurance Corporation c/ Compañía General Inmobiliaria S.S., en EL DERECHO del 23/4/91, fallo N° 43263.

El impulso de oficio del ejercicio de la jurisdicción directa de control respecto de la jurisdicción indirecta también está contenido en nuestro Derecho interno. El art. 519 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación dice en lo que hace al reconocimiento de una sentencia extranjera: "Cuando en juicio se invocare la autoridad de una sentencia extranjera, ésta sólo tendrá eficacia si reúne los requisitos del art. 517º". El ejercicio de oficio de este control cabe extenderlo por vía analógica al ámbito administrativo (vgr. Cód. Civil, art. 187 inc. 1º, respecto de las sentencias que anulan o disuelven un matrimonio).

Para la ejecución de las sentencias extranjeras, el art. 518 prevé el juicio de *exequátur*, que se debe tramitar de acuerdo con las normas de los incidentes (Cód. cit., arts. 175 y ss.). Aquí la participación de las partes afectadas es coadyuvante con la labor de control del Estado. Y, en defensa de sus legítimos intereses, pueden, según los tipos o clases de control que sean aplicables al caso, demandar por la transgresión a la jurisdicción exclusiva, como por la falta de legitimidad de la jurisdicción indirecta del Estado requirente (que impide su reconocimiento) o por la falta de legitimidad jurisdiccional de la sentencia (v. Cap. VII. B).

V. JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL PARA-ESTATAL

A. Los tribunales arbitrales

Dejamos consignada más arriba la ya instalada tendencia a otorgar a las partes el derecho a elegir el órgano de la jurisdicción internacional al que han de someter sus diferencias en asuntos patrimoniales.

En ejercicio de esta autonomía de la voluntad procesal, las partes están capacitadas para elegir, si se dan determinadas condiciones, entre los tribunales estatales o entre los tribunales arbitrales constituidos *ad hoc* o que actúan con carácter institucional.

El arbitraje ... *es justicia privada reconocida y tolerada por la comunidad organizada a través de su derecho positivo*³¹. Se considera que se acomoda a la movilidad, agilidad y celeridad que caracteriza a las relaciones comerciales.

El Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación legisla sobre la validez y eficacia extraterritorial de los pronunciamientos de los tribunales arbitrales que funcionan fuera del país (arts. 1º y 519). Así también lo hacen los dos Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo (arts. 5º/7º), la Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento de Laudos Arbitrales Extranjeros (ley 23619) y la Convención interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Cidip I – 1975 – no ratificada). La Convención interamericana sobre Contrato de Transporte Internacional de Mercaderías por Carretera (Cidip IV – 1989 – no ratificada) instituye la posibilidad de arbitraje para zanjar las diferencias de las partes (art. 16º).

³¹ V. GRIGERA NAÓN, HORACIO A., *La autonomía del acuerdo arbitral*, en LA LEY del 5/9/89.

Diversas organizaciones de relieve internacional han creado tribunales arbitrales institucionales para ofertar a las partes de un *caso litigioso*, vgr. la Cámara de Comercio Internacional, o el Banco Mundial, a través de la Convención de Washington de 1965, sobre creación de un Centro Internacional para Arreglo de las Diferencias Relativas a Inversiones. Asimismo, contemplan la posibilidad del arbitraje las múltiples convenciones sobre Inversión de Capitales que nuestro país, en los últimos tiempos, ha celebrado con países extranjeros ³².

B. Su rol como jurisdicción ius privatista internacional de juzgamiento

La jurisdicción internacional que poseen los tribunales arbitrales sólo comprende la jurisdicción internacional de juzgamiento. Por carecer de *ius imperii*, el reconocimiento y la ejecución de sus laudos queda bajo la responsabilidad del Estado Nacional, donde deben producir sus efectos. Por ello se equiparan los laudos arbitrales extranjeros a las sentencias extranjeras, en lo que toca a su eficacia extraterritorial. El art. 519 bis inc. 2º del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación exige como plus jurídico que las cuestiones ... *que hayan constituido el objeto del compromiso no se encuentren excluidas del arbitraje conforme a lo establecido en el art. 764*, esto es, que no se trate de ... *cuestiones que no pueden ser objeto de transacción*.

La Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) ha elaborado una pormenorizada ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, donde se legisla sobre su ámbito de aplicación, el acuerdo de arbitraje, la composición del tribunal arbitral, la competencia del tribunal arbitral, la substanciación de las actuaciones arbitrales, el pronunciamiento del tribunal arbitral (laudo), la terminación de las actuaciones, la impugnación del laudo y el reconocimiento y ejecución de los laudos ³³.

VI. FUENTES FORMALES DE LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL

A. Consideraciones de carácter general

Las fuentes formales de la jurisdicción internacional, directa e indirecta, se encuentran contenidas en el Derecho interno, en el Derecho convencional y en el Derecho comunitario.

La actividad final del legislador consiste en lograr que la porción de la realidad objeto de su preocupación, como el criterio que, en definitiva, se ha seleccionado para solucionar-la, sean captados (descriptos) de la manera más fiel posible, por una norma jurídica formal (concepción continental europea, de tradición romanista, de la que participa nuestro país).

³² v. nuestro trabajo *Elementos para una definición del Derecho Internacional*, cit., Cap. VIII. A.

³³ v. GRIGERA NAÓN, HORACIO A., *La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino*, en LA LEY del 13/4 de febrero/89.

Con la confección de esa norma jurídica formal culmina la función principal del legislador, que es la de ser el Poder formador del Derecho positivo (fase dinámica del Derecho positivo: su creación).

Puesta en vigencia la norma jurídica, debe pasarse a la actividad siguiente, que es la de su interpretación y aplicación (fase asentamiento del Derecho positivo), ya sea por los órganos estatales de acuerdo con sus atribuciones, como por los habitantes. Dice el art. 1º del Cód. Civil: "Las leyes son obligatorias para todos lo que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes".

Frente a un *caso internacional litigioso*, actual o eventual, es lógico que la primera preocupación de los involucrados (vgr. partes o jueces) se mueva en la *fase asentamiento* de las normas reguladoras de la jurisdicción internacional (su interpretación y aplicación). Ello así, porque es un tribunal emergente de la jurisdicción internacional competente no sólo el que *recibirá* el caso litigioso, sino además porque el Derecho Internacional Privado de ese tribunal es el que va a resolver el caso. El Derecho aplicable al caso está ligado a la jurisdicción competente ³⁴.

B. Consideraciones de carácter particular

El fraccionamiento al que normalmente está sometida la jurisdicción *ius privatista internacional* (v. Cap. II. C) encuentra su solución más eficaz en los Derechos comunitario y convencional, más que en el Derecho interno. Veamos:

1. Derecho comunitario

La realidad y la solución que, en materia de jurisdicción *ius privatista internacional*, es recogida por el Derecho comunitario, sólo se extiende a los estados integrantes del bloque comunitario. Pero lo cierto es que entre ellos dicha jurisdicción internacional tiene una mayor posibilidad de que se produzca el feliz matrimonio de la *fase juzgamiento* oriunda de un Estado con la *fase imperium* a cargo de otro Estado.

Los órganos gubernativos supranacionales de una comunidad de naciones integradas que han limitado pero no renunciado a su soberanía (vgr. CEE) están en condiciones de unificar los criterios atributivos de la jurisdicción internacional directa e indirecta, como asimismo en aptitud de constituir un tribunal común que unifique las interpretaciones y resuelva los conflictos de competencia que puedan plantearse entre los tribunales de distintas naciones comunitarias.

Un tema que merece una especial preocupación para nuestro país, y que sólo nos limitamos a mencionar, es el relativo de la proyección futura del MERCOSUR (Tratado de Asunción - ley 23981) que prevé, para antes del 31 de diciembre de 1994, la estructuración

³⁴ v. nuestro trabajo *El contrato internacional y el comercio exterior*, en Rev. PRUDENTIA IURIS, julio-diciembre 1990, p.9.

... *institucional definitiva de los órganos de administración del Mercado Común así como las atribuciones específicas de cada uno de ellos y su sistema de adopción de decisiones.*

2. *Derecho convencional (Tratados)*

El Derecho convencional posibilita que los Estados unifiquen sus criterios atributivos de jurisdicción internacional directa e indirecta. Las normas convencionales que recogen esa unificación determinan que los Estados nacionales compartan un mismo Derecho. Su bondad se acrecienta en proporción directa con la cantidad de Estados comprometidos en la convención.

Es un gran paso dialéctico para enfrentar, con éxito de respuesta, los escollos del fraccionamiento de la jurisdicción *ius privatista internacional*. Empero, no podemos dejar de señalar, como preocupaciones que quedan en el tintero, la circunstancia de que la interpretación (y, desde luego, la aplicación) de las normas convencionales queda a cargo de cada Estado, y de que los conflictos de competencia no cuentan con un órgano común de resolución.

3. *Derecho interno*

Cuando la jurisdicción *ius privatista internacional* de un Estado no se asienta en instrumentos jurídicos internacionales, debe recurrirse a su Derecho interno.

En nuestro país, además, el Derecho interno posee un rango jurídico que lo coloca por debajo del Derecho convencional. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia de la Nación ³⁵.

El Derecho interno, confeccionado exclusivamente por el Estado nacional, si bien es la expresión de su política-jurídica soberana, no puede desconocer su inserción en un conglomerado de Estados nacionales naturalmente interrelacionadas e interdependientes. La elaboración y creación del Derecho interno positivo debe acomodarse a la altura de los tiempos. No le es dable descuidar o soslayar el nivel de civilización jurídica alcanzado por la humanidad.

En materia de jurisdicción *ius privatista internacional*, el legislador debe tener especialmente en cuenta los problemas derivados de su fraccionamiento. La prudencia, una de las cuatro virtudes cardinales que mencionaba Platón, debe presidir la selección de los criterios atributivos de la jurisdicción directa de juzgamiento, como la de control de la jurisdicción indirecta de los estados extranjeros.

Cada Estado nacional debe atribuirse un *capital* de jurisdicción directa que sea razonable y, a la vez, convertirse en un anfitrión dispuesto a abrir la puerta de su casa a los otros Estados nacionales que también sean razonables en la determinación de su *capital* de

³⁵ Sentencia del 7 de julio de 1992 in re Ekmekdjian, Miguel Angel, en EL DERECHO, t.148, p.338 y ss.

jurisdicción internacional. La exorbitancia y la mezquindad no son buenas palabras en el ámbito de la jurisdicción *ius privatista internacional*.

C. Apuntes sobre las fuentes formales

En los Capítulos III. A. 1. b, B. 2 y IV. C., al desarrollar los temas respectivos, los fuimos glosando con las fuentes formales (Derechos convencional e interno) que interesan o tienen vigencia en nuestro país.

En materia de jurisdicción *ius privatista internacional*, cabe agregar que la interpretación y aplicación de una norma jurídica, a cargo en última instancia del Poder Judicial (fase asentamiento del Derecho), contribuye a detectar sus falencias, inclusive por el simple paso del tiempo.

La corrección de esas falencias puede ser promovida por los habitantes, por las organizaciones intermedias o por los propios organismos estatales. Ello pone en acción a la fase dinámica (creadora) del Derecho, cuya concreción es responsabilidad exclusiva del Poder legislador. De este aspecto de la cuestión nos ocuparemos en el Capítulo VII.

Sólo nos resta agregar que el juego permanente de ambas fases es lo que da al mundo del Derecho su poderosa vitalidad renovadora, porque no podemos perder de vista que el Derecho positivo no es químicamente puro, en otras palabras, no es intrínsecamente justo, como lo es el Derecho natural.

VII. LA JURISDICCIÓN IUS PRIVATISTA INTERNACIONAL EN EL DERECHO ARGENTINO

A. Respetto de los criterios atributivos que recogen las normas argentinas de jurisdicción internacional

Durante el desarrollo de los capítulos anteriores, hemos ido mencionando y comentando, para su mejor comprensión, las normas del Derecho interno y del Derecho convencional (Tratados) argentinos que recogen los criterios atributivos de la jurisdicción *ius privatista internacional* argentina, ya sea de la directa como de la indirecta.

Una apreciación crítica de esas normas nos permite formular, como conclusión general, que no guardan entre sí la debida coherencia. Examinaremos algunos ejemplos:

1. En materia de jurisdicción indirecta, referida a la eficacia extraterritorial de actos jurisdiccionales de mero trámite, citaciones, emplazamientos, medidas de prueba, etc., la generosidad del Derecho convencional no concilia con la rigurosidad del Derecho interno (cfr. Cap. III. A. 2. b. -1- y B. 2. c. -3-).

2. La prórroga de jurisdicción es legislada en forma distinta por el Derecho interno y por ambos Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional. A título ilustrativo, porque no está ratificada, es útil recordar para ser tenido en cuenta que la Convención interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterri-

torial de las Sentencias Extranjeras introduce la prórroga de jurisdicción tácita, como asimismo, en materia de acciones derivadas de contratos mercantiles internacionales, agrega como novedad que la prórroga a favor de un órgano jurisdiccional de un Estado parte es válida ... *si las partes hubieren acordado por escrito someterse a la jurisdicción del Estado parte que pronunció la sentencia, siempre y cuando la competencia no haya sido establecida en forma abusiva y haya existido una conexión razonable con el objeto de la controversia* (art. 1º, Apart. A inc. 4º, y Apart. D, respectivamente).

3. La eficacia extraterritorial de la Parte de Derecho Privado que pueda contener una sentencia penal (indemnización por los daños del delito) ha sido incluida en los Tratados bilaterales celebrados por la República Argentina con la República Italiana (art. 21º) y con la República Federativa del Brasil (art. 17º). En cambio, nuestro país, al ratificar la Convención interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, no adhirió a la cláusula de esta Convención que admite la posibilidad de su aplicación ... *a las sentencias penales en cuanto se refieran a la indemnización de perjuicios derivados del delito* (art. 1º) (v. nota Nº 12).

En las últimas décadas, la República Argentina se ha ido volcando, con una predisposición cada vez más fuerte, hacia el Derecho convencional. El Derecho Procesal Internacional, según lo evidencian los antecedentes citados entonces, es que los Poderes Ejecutivo y Legislativo, al suscribir, aprobar y ratificar Tratados concernientes a esta materia, deben poner especial énfasis en que sean coherentes entre sí y con el Derecho interno. De otro modo, la República Argentina tendrá tantas jurisdicciones *ius privatistas internacionales* como las que emanen de los dispares instrumentos legales que sean aplicables al caso concreto (Derecho convencional o Derecho interno, según el tribunal extranjero que entre en juego). Puede aceptarse que en los distintos instrumentos legales haya diferencias de matices, pero no que las haya en la concepción de las estructura y los principios básicos de la jurisdicción internacional argentina. Esto es un imperativo para el mejor servicio de la seguridad jurídica.

Como diría Ortega y Gasset, a quien citaremos de nuevo, ambos Poderes deben ocuparse y preocuparse de esta temática. La preocupación sobre el tema es la que impide que el sólo *ocuparse* se reduzca a un mero *hacer*, cuyos resultados se confían a la providencia ³⁶.

B. Respecto de la naturaleza de las normas argentinas de jurisdicción internacional

La dilucidación de este asunto requiere de un metódico rodeo, y eso es lo que haremos.

– *Primero*: La jurisdicción argentina *ius privatista* o *ius publicista*, nacional o internacional, encuentra su fuente inmediata de validez en la Constitución Nacional

³⁶ Dice con acierto Sebastián Soler: "Lo que ocurre es que las teorías jurídicas hacen también su experiencia; si bien en vez de hacerla en un laboratorio y con tiempo concentrado, aquéllas lo hacen en la realidad y con tiempo histórico, es decir, lentamente y a nuestras expensas". (*La interpretación de la ley*, Ed. Ariel, Barcelona, p.2).

(Segunda Parte, Título Primero Gobierno Federal y Título Segundo Gobiernos de Provincia).

—Segundo: La Constitución Nacional, en función de la estructura federal de gobierno, ha delimitado la porción de la jurisdicción nacional que compete al Estado Nacional y a los Estados Provinciales, de la siguiente manera:

a) Los Estados provinciales, a través de sus propios tribunales y de sus propias leyes de procedimientos, tienen jurisdicción para intervenir en casos regulados por tres clases de leyes:

1) Las leyes provinciales que son las que emiten los Estados Provinciales en ejercicio del poder no delegado en el gobierno nacional (C.N. arts. 104/110).

2) Las leyes nacionales dictadas por el Congreso de la Nación, en ejercicio de la atribución que le confiere el art. 67 inc. 11º de la C.N., como lo son los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería y del Trabajo y Seguridad Social. Estas leyes nacionales que se denominan *comunes* no pueden alterar, según lo dice el citado inc. 11º ... *las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.*

3) Las leyes convencionales (Tratados) que son de incumbencia legisferante del Estado Nacional, pero que sean regulatorias de casos sometidos a las leyes comunes. El Tratado como tal pertenece al Derecho Internacional Público, pero su contenido, y lo que nos interesa, puede versar sobre el Derecho *común* al que se refiere el mencionado art. 67 inc. 11º. La aplicación del contenido del Derecho *común* del Tratado es, entonces, nacional o provincial, con arreglo a las pautas señaladas en el anterior punto —2—³⁷.

Un tema aparte es la extensión de la jurisdicción nacional en los lugares adquiridos por la Nación a las provincias (C.N. art. 67 inc. 27º), del cual ya nos hemos ocupado en otros trabajos³⁸.

b) El Estado Nacional, a través de sus propios tribunales y de sus propias normas de procedimientos, tiene jurisdicción para intervenir en casos regulados por las leyes siguientes:

1) Las leyes locales, que son las que dicta el Congreso Nacional como legislatura local, para la organización, administración y gobierno de los territorios nacionales. Actualmente sólo queda la Capital Federal (C.N. art. 67 inc. 14º).

2) Las leyes nacionales y convencionales que sean regulatorias de casos sometidos a las leyes comunes con arreglo a las pautas señaladas en el art. 67 inc. 11º de la C.N., o sea, cuando las cosas o las personas cayeran bajo su jurisdicción.

³⁷ V. IMAZ, ESTABAN Y REY, RICARDO E., *El recurso extraordinario*, Ed. Nerva, 2ª ed., Bs.As., 1962, p.105 y ss.

³⁸ V. *Interpretaciones judiciales cíclicas del art. 67 inc. 27 de la Constitución Nacional*, LA LEY, t.1979-B, p.933 y ss.

3) Las leyes nacionales y convencionales que sean regulatorias de *casos federales*, entendiéndose por tales los que conforman las causas que describe el art. 100 de la C.N. Las normas regulatorias de los *casos federales* también se llaman *federales*. Su aplicación compete exclusivamente al Estado Nacional en todo el territorio de la Nación.

– *Tercero*: Para intervenir en la aplicación de las leyes locales, comunes y federales que dicta el Congreso Nacional, la Nación ha creado dos clases de tribunales inferiores a la Suprema Corte de Justicia ³⁹:

a) los tribunales nacionales ordinarios que se ocupan de la aplicación de las leyes locales y comunes;

b) los tribunales nacionales federales que se ocupan de la aplicación de las leyes federales.

– *Cuarto*: De acuerdo con lo expresado en el anterior punto segundo, las leyes *comunes* son las que regulan los casos comunes, entre los cuales se encuentran los casos *iusprivatistas nacionales e internacionales* y, por ende, la aplicación de las leyes sustantivas comunes compete a los tribunales provinciales o nacionales ordinarios ... *según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*. Los tribunales provinciales, pues, están constitucionalmente habilitados para conocer en casos *iusprivatistas internacionales*, en franca paridad con los tribunales nacionales ordinarios.

– *Quinto*: Hemos visto que la Constitución Nacional ha delimitado expresamente la jurisdicción nacional (interna). No lo ha hecho, en cambio, con la jurisdicción internacional argentina, en su relación con la jurisdicción internacional que compete a los demás Estados nacionales, para resolver *casos iusprivatistas internacionales*. No hay una norma expresa constitucional que se refiera a este tema. Queda pues el interrogante respecto del Poder del Estado nacional que tiene la atribución de hacerlo. Es evidente que tratándose de la jurisdicción internacional del Estado nacional (v. Cap. I. B. 2 y 3 y Cap. II. B) recae sobre el Gobierno Nacional y, dentro de él, en el Poder Legislativo, como una de las tantas atribuciones implícitas (C.N. art. 67 inc. 28º). Como prueba de que constituye una atribución federal implícita, es conclusivo citar los múltiples Tratados que la República Argentina ha celebrado con Estados extranjeros, en materia de determinación de la *jurisdicción iusprivatista internacional*, sin que para concretarlos y ponerlos en vigencia haya necesitado, antes o después, la anuencia de los Gobiernos Provinciales. La señalada atribución federal implícita está incluida, pues, entre los poderes delegados por las Provincias en el Gobierno Federal (C.N. art. 104) y, además, no ha sido cuestionada judicialmente.

– *Sexto*: Las normas atributivas de la jurisdicción *iusprivatista internacional argentina*, son, pues, del resorte del Gobierno Federal. Pero surge de inmediato la cuestión de si son normas federales o comunes.

El esclarecimiento de esta cuestión es de la mayor importancia, en punto a su aplicación

³⁹ v. HARO, RICARDO, ob. cit., p.43 y ss.

por los Poderes Judiciales Provinciales o de la Nación. Si se las califica sin hacer discriminación alguna de que son *federales*, la conclusión puede llevarnos al absurdo de sostener que los casos *ius privatistas*, cuando son internacionales, pasan sin más a ser de competencia del Poder Judicial de la Nación y en la órbita de sus tribunales nacionales federales. Tal conclusión conduciría a una interpretación inaceptable del art. 67 inc. 11º de la C.N. En efecto, las Provincias han delegado en el Gobierno Nacional la atribución de determinar la jurisdicción *ius privatista internacional argentina*, pero no le han delegado la facultad de juzgar los casos *ius privatistas internacionales* que, por estar regidos por las *leyes comunes*, corresponde que la aplicación de estas últimas sea de ... *los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones*.

Hay que discriminar debidamente, entonces, entre el carácter federal de la norma, en cuanto determina la jurisdicción *ius privatista internacional argentina* (criterios atributivos) de la determinación de la jurisdicción nacional interna entre la Nación y las Provincias, para juzgar los casos *ius privatistas*, sean nacionales o internacionales. Esa distribución de la jurisdicción nacional interna, para la aplicación de las *leyes comunes* no puede ser válidamente alterada.

En resumen, el carácter federal de la norma apunta al Poder que posee la atribución de dictarla, siempre que vaya unido a su contenido referido exclusivamente a los criterios atributivos de la jurisdicción internacional argentina. Circunscripto a estos límites su carácter federal, es dentro de esos mismo límites donde se puede mover el derecho de deducir el recurso extraordinario al que, según el art. 14º de la Ley Nº 48, da lugar la interpretación de toda ley *federal*.

Los casos *ius privatistas internacionales*, como tales, se resuelven mediante la aplicación de las *leyes comunes*. Por lo tanto, sólo cabe respecto de ellos la interposición del recurso extraordinario, en el supuesto de que se argumente fundadamente que dichas *leyes comunes* son incompatibles con la Constitución Nacional (Ley Nº 48, art. 14º y 15º).

Es copiosa la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en lo atinente al recurso extraordinario derivado de las leyes *federales y comunes*. Con particular referencia a estas últimas, el art. 15º de la Ley Nº 48 establece que queda entendido ... *que la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería no dan ocasión a este recurso por el hecho de ser leyes del Congreso, en virtud de lo dispuesto en el inc. 11º del art. 67 de la Constitución* ⁴⁰.

Así como las Provincias no han cuestionado la atribución implícita del Gobierno Federal para determinar la jurisdicción *ius privatista internacional argentina*, tampoco ha sido cuestionada la atribución de los Poderes Judiciales provinciales para conocer y juzgar los casos *ius privatistas internacionales* cuando las cosas y las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones.

—Séptimo: La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en reiterados pronunciamientos,

⁴⁰ V. BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *El Derecho Constitucional del Poder*, cit., t.II, p.417 y ss.

ha sostenido que la interpretación y aplicación de las normas argentinas de jurisdicción internacional provocan un *caso o causa federal* cuando se controvierte, en un caso *ius privatista internacional*, la competencia de la jurisdicción internacional argentina. Así lo ha expresado, vgr., el 25/11/75 in re Eberth Clemens B. m.b. H. c/ buque Pavio: "Que hallándose controvertida en los autos principales la inteligencia de normas que reviste carácter federal, por versar sobre cuestiones de transporte marítimo y de jurisdicción internacional de los tribunales argentinos, existe en la causa cuestión federal bastante para ser considerada en la instancia del art. 14 de la ley 48" (LA LEY del 29/3/76, fallo Nº 72926); el 31/10/78 in re Corporación naviera Agropecuaria In. S.S.: "Que si bien las resoluciones que atañen a medidas precautorias no son susceptibles de recurso extraordinario, deben exceptuarse de tal principio los casos en que medie cuestión federal bastante para sustentarlos, cual ocurre en el subjudice, en que el pronunciamiento en recurso no hizo lugar a una medida precautoria al declararse que los tribunales argentinos no resultan competentes atendiendo al lugar de cumplimiento de la obligación" (EL DERECHO del 6/4/79, fallo Nº 31776); el 13/10/81 in re M., F. A. suc. "Que es reiterada jurisprudencia de esta corte que los autos que deciden cuestiones de competencia no son apelables por la vía del art. 14 de la ley 48, salvo cuando declaran la incompetencia de los jueces de la Nación"; el 17/9/87 in re Narbaitz, Guillermo y otra c/ Citybank N.A.: "Cabe, asimismo, atribuir alcance definitivo a esa decisión a los fines del art. 14 de la ley 48, toda vez que ella importa privar a la apelante de la jurisdicción de los tribunales argentinos para hacer valer sus derechos y, por consiguiente, de obtener el eventual acceso a la instancia federal por agravios de naturaleza federal". (LA LEY del 8/7/88, fallo Nº 86598, con comentario nuestro).

— Octavo: Pensamos conveniente abundar en esta materia, agregando que, a nuestro juicio, el *caso o la cuestión federal* se plantea:

1. cuando es procedente la interpretación y aplicación de las normas argentinas de jurisdicción internacional, a fin de determinar si en el caso *ius privatista internacional* resultan o no competentes los tribunales argentinos, esto es, cuando debe ponerse en acción la interpretación y aplicación de los criterios atributivos de la jurisdicción internacional argentina (v. punto Séptimo anterior);

2. cuando es procedente la interpretación y aplicación de las normas argentinas de jurisdicción internacional indirecta, a los fines del reconocimiento o ejecución de actos jurisdiccionales extranjeros. Y aún ello es así, aunque la jurisdicción indirecta del Estado extranjero no entre en disputa con la competencia internacional de los tribunales argentinos, esto es, las normas argentinas de jurisdicción internacional no acuerden competencia a los tribunales argentinos para entender en el caso. Podemos dar como ejemplo una sentencia de divorcio dictada por un juez extranjero en un caso que no tenía ningún contacto procesal válido con la República Argentina, pero que, *a posteriori*, se requiere su reconocimiento en el país (v. Cap. IV. C. y D. 2) ⁴¹.

⁴¹ El tema que se trata en este punto 2 no debe confundirse con un epifenómeno del mismo, cual es la controvertida teoría del *reconocimiento involucrado*, la cual, *parafraseando al poeta Kipling*, será un problema para otra ocasión. A sólo título ilustrativo citaremos la caracterización que hace Werner Goldschmidt: ... el *reconocimiento involucrado*, que es

Lo expresado en este punto 2 constituye un eslabón más para poner de relieve la justicia y conveniencia de que los criterios atributivos de la jurisdicción indirecta sean *razonables* y no *rígidos* (v. Cap. III. B. 2).

aqué que se verifica dando validez a un acto jurídico, la cual supone reconocer una sentencia extranjera... (v. *Derecho Internacional Privado*, cit., p.493).

ELABORE Y DECIDA SU PROPIA SOLUCION

ZULEMA WILDE

¡Qué fácil suena y qué difícil es hacerlo! Sobre todo en determinados momentos de nuestra existencia. Es tomar el poder sobre la propia vida, es decidir sobre nuestro curso. Es intentar el camino para obtener un resultado a nuestra medida, no standard.

Desde pequeños cuando nos peleábamos con nuestros hermanitos o amigos, esperábamos la intervención externa de un adulto para que pusiera fin a la disputa. Era el límite conocido.

Con el transcurso del tiempo esto no cambió en lo esencial, sólo se modificó el ropaje de quien ejercía el poder externo.

El maestro o el director en la escuela, el referee en los encuentros deportivos, el policía en la calle, o, ya más crecidos, el juez en nuestras lides tribunalicias.

Tradicionalmente, la solución de los conflictos se ha canalizado a través del método adversarial; generalmente por intermedio del proceso judicial, que no siempre ha colmado las expectativas de los intervinientes.

Método adversarial que comprende también el juicio arbitral y la actuación de los amigables componedores; camino que en definitiva profundiza el conflicto, llevando en algunos casos hasta alcanzar puntos intolerables, tal por ejemplo el divorcio contradictorio¹.

Ganar, ¿implica la victoria?; y perder, ¿la rendición del enemigo?

Pareciera que junto a este esquema original nos resultare dificultoso poder crear otro distinto pero igualmente cooperativo para la pacífica convivencia.

Ya no se piensa más que la inteligencia es sólo un cociente intelectual, sino también

¹ Elegir la vía del divorcio contencioso no sólo profundiza los conflictos y los daños entre los esposos sino que ayuda a destruir su comunicación, incidiendo en su función paternal, sin olvidar que el concepto de culpabilidad está muy desacreditado en la aplicación a la disolución del matrimonio -v. ZULEMA WILDE Y LUIS M. GAIBROIS, *La mediación; Nuevo instrumento de paz social* - Revista del Notariado, N° 829, Bs. Aires, 1992). Obsérvese que la Ley 23.515, junto al divorcio sanción receptó el divorcio remedio, derivado de causas objetivas como respuesta al entender al divorcio como un problema interdisciplinario, el que no puede ser contenido exclusivamente por el marco del derecho, sino que tiene que ser abarcado también por la sicología y la sociología.

la capacidad de resolución de situaciones afectivas, la habilidad para elegir lo mejor para uno mismo, el buen criterio para elaborar y brindarnos felicidad con madurez y serenidad.

Quizás ha llegado el momento de poner el acento en nuestra propia capacidad para resolver nuestros propios conflictos ².

Hay otras respuestas, que no tienen por qué coincidir con las legales, son las que cada uno puede elaborar para sí, para su familia, con la coparticipación de alguno de sus miembros y con la inapreciable ayuda del mediador.

Este conocedor de experiencias valiosas en materia de familia, y aun de diferendos patrimoniales, con mucha habilidad para manejar relaciones conflictivas, interiorizado de cómo elaborar estrategias para ayudar a los esposos o a los padres, para ordenar su futuro; es el escucha atento que percibe lo "latente" y con mano amiga conduce hacia una comunicación más fluida a esas personas que están en un proceso de separación o en una etapa dificultosa.

Poseedor de una seria intención de ayudar con una visión panorámica de la problemática que aqueja a las partes, expresa paso a paso en forma sucinta lo que ha escuchado de cada uno de ellos, para ir acotando a lo esencial lo cuestionado.

Con imaginación y flexibilidad para hallar distintas opciones de solución sin olvidar su espíritu conciliador y actitud positiva, tiene capacidad de sugerir sin juzgar, ordenar, sin someter a las partes.

Enormes dosis de paciencia y buen humor también lo acompañan.

Asimismo, manteniendo su imparcialidad, realmente desde lo más profundo de sí mismo, sin manipular, sin pretender imponer patrones morales, ni religiosos, ni jurídicos, con amplitud para aceptar a los demás como son, e induciéndolos por medio de la persuasión a fin de encauzarlos por el camino de las fórmulas conciliatorias para que ellos mismos logren su propio convencimiento de que "ésta, es la solución".

Sin el riesgo de que trasciendan las intimidades conversadas durante el proceso de mediación, en atención a su obligación de confidencialidad.

Cuidando que la relación que debe subsistir entre los padres, para su propio bien y de sus hijos, no se deteriore más.

Con el aliciente de que ante situaciones muy desiguales, por debilidad de alguna de las partes, el mediador interrumpirá las audiencias a fin de impedir inequidades hasta que se supere el escollo.

² Por supuesto que habrá personas que no pueden, ni quieren hacer mediación. Los que están dispuestos a hacerse responsables de sus propias vidas, u otros que están tan enojados, o se sienten tan rechazados o heridos en sus sentimientos que quieren tener la oportunidad de ir a litigar a un juzgado.

Tampoco se llegará a un acuerdo en materia patrimonial cuando el tiempo que consume el litigar ayuda a una de las partes a tornar menos gravosa la reparación que debe prestar.

Recuerdo como ejemplo de este caso los tiempos en que no se actualizaban las condenas y la moneda se despreciaba con motivo de la inflación durante todo el tiempo del proceso. En este caso, ¿qué deudor se encuentra dispuesto a pagar?

Sería interesante también observar el impacto que produce la adopción de la tasa activa o pasiva con posterioridad al dictado de la ley de convertibilidad sobre las condenas judiciales. ¿Podrá constituir un obstáculo serio para lograr acuerdos, la aplicación de la tasa pasiva?

La mediación da la maravillosa posibilidad de ser ayudado con inmediatez por alguien entrenado en su rol, para encontrar por sí mismo la solución al conflicto que lo aqueja.

Esta será más cercana a la medida de sus necesidades y su sensibilidad, lejos de los riesgos de las soluciones emanadas de categorías genéricas.

Y aun cuando casi todos pesan los costos económicos de los procesos judiciales, no siempre se tiene en cuenta el costo emocional de un juicio, que además de ser muy alto, torna sus resultados magros por más ventajosos que éstos sean en apariencia, sobre todo cuando lo que se decide nos toca tan de cerca.

Tal por caso, la tenencia de los hijos, con todos los aspectos que ella implica, los alimentos, el divorcio, lo que fue el matrimonio conyugal.

La filosofía que subyace debajo del instituto de la mediación —como técnica de resolución de conflictos—, ha anidado en el espíritu de los integrantes de nuestra órbita pública.

Por un lado, en los últimos años un número importante de nuestros magistrados, competentes en materia civil, se han interesado en la mediación y han comenzado a formarse en ese sentido a través de su participación en cursos y conferencias sobre el tema, dictadas muchas de ellas en el país³.

Los efectos de esto se visualizan dentro del marco procesal, a través de la audiencia de conciliación, tradicionalmente convocada en conflictos familiares o patrimoniales, en los cuales sin apartarse de la función jurisdiccional y de la regulación procesal, han sido aprovechadas para aplicar muchos de los principios de la mediación.

A tal punto ha sido así, que por el otro lado el Poder Ejecutivo Nacional en su Decreto 1480/92, merituando la sobrecarga de tarea de nuestros tribunales, y en búsqueda de soluciones a esta situación, ha puesto en marcha el instituto como posible coadyuvante de la función judicial⁴. Asimismo ha designado una Comisión que será la encargada de proyectar la ley nacional sobre el tema, además de crear el Cuerpo de Mediadores y la Escuela de Mediación.

Si bien ya existe aquilatada experiencia sobre el tema en otros países —Japón, EE.UU., etc.—⁵, la clarificación de las ideas teóricas se obtendrá mediante su contrastación con los ejemplos tomados de nuestra vida real.

La interacción de estos dos planos —teórico y práctico—, nos permitirá elaborar una teoría más pura surgiendo siempre de la preocupación de hacer una buena observación y evaluación de los hechos a los que se ha aplicado. Medios que buscan ser más eficaces.

³ Cursos dictados en el Ministerio de Justicia y en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, por Sharon Press, Directora del Centro de Resolución de Conflictos del Estado de Florida, EE.UU., en noviembre de 1991; en el Centro Lincoln de esta Ciudad, y en la misma asociación, por David J. Jenkins, sociólogo mediador de San Francisco, EE.UU., en agosto de 1992. Patricia Rotback, sicóloga mediadora, de la Corte de San Francisco, también dictó en los mismos lugares un curso de mediación en temas de familia. Florence Kaslow, mediadora estadounidense (sicoanalista), dictó un training de mediación familiar (divorcio), en el mes de octubre de 1992 en la ciudad de Buenos Aires.

⁴ Las dificultades de distinto origen que padece el fuero laboral podrían dar lugar a la implantación de un régimen de mediación para paliar en alguna medida la situación creada.

⁵ Existen experiencias incipientes en Jamaica y Nicaragua.

El fruto del esfuerzo comenzará a degustarse no sólo cuando obtener la propia solución con inmediatez brinde una enorme satisfacción personal a quien o a quienes la logren, o a los que ayudaron para su obtención, sino cuando sencillamente éste sea un instrumento eficaz de paz que posibilite a quien lo practicó incorporarlo como bagaje de su propia experiencia, para aplicarlo ante otro contratiempo en lo futuro.

El impacto será así más poderoso y persistente, se habrá aportado una contribución definitiva al estilo de vida de nuestra comunidad.

Intentar este camino es convertirse *en arquitecto de su propio destino*⁶.

⁶ AMADO NERVO "En Paz".

CONTRATOS INFORMATICOS EN LA ARGENTINA.

(Su análisis a través de la jurisprudencia)

PABLO ANDRÉS PALAZZI

SUMARIO. — I. INTRODUCCIÓN. II. LA MODERNA CONTRATACIÓN Y LA INFORMÁTICA. III. CONCEPTO. IV. CLASIFICACIÓN. V. PRINCIPIOS GENERALES. JURISPRUDENCIA. 1) CASO "PANDEMONIUM C. THINKERCORP S.A." (1985). 2) CASO "SISTECO. SISTEMAS DE COMPUTACIÓN S.A. C. SUIJOY, SERGIO" (1986). 3) CASO "ORUE, FABIÁN C. KING CAROL S.R.L., S/SUMARIO" (1988). 4) CASO "DE AMBROSI LAMEKA S.A. C. CENTRO DE COMPUTACIÓN DE DATOS S.A.C.O.M.A. S/ORDINARIO". 5) CASO "CAJA NACIONAL DE AHORRO Y SEGUROS C. NCR ARGENTINA S.A." (1989). 6) CASO SISTEX S.A. C. VALERIO S.A., S/SUMARIO" (1990). VI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Las principales organizaciones y empresas han descubierto que el empleo de ordenadores y *software* adecuado a sus necesidades se traduce en un incremento de la productividad así como en mayores ganancias. Anualmente se invierte mucho dinero en desarrollo de *software*; el *hardware* avanza a un ritmo más rápido.

Las computadoras se han transformado en un bien necesario de la moderna empresa. A ellas se suman modernos inventos como el fax, la fibra óptica, la telefonía celular y una gran cantidad de nuevos productos que la revolución tecnológica ha puesto a su alcance. Todos estos elementos han influido en la contratación empresarial.

En este marco, el derecho se enfrenta a una serie de problemas que le plantean la regulación de las nuevas tecnologías y que influye en todas las ramas del quehacer jurídico. En ellos el jurista se encuentra en la encrucijada de aplicar los regímenes legales existentes o crear nuevos institutos que contemplen las modernas realidades que la ciencia y la técnica producen. Así irá surgiendo un nuevo derecho que regulará la informática: el Derecho Informático.

Todavía es prematuro hablar de un Derecho Informático con autonomía propia. Sin perjuicio de ello, cada sector de derecho que se vea alcanzado por las nuevas tecnologías debe buscar una solución concreta. En el caso de los contratos que versan sobre bienes o servicios informáticos, los tribunales han ideado una serie de principios que permiten el cumplimiento de la voluntad de las partes, adecuando lo que ellas acordaron a la realidad informática.

II. LA MODERNA CONTRATACIÓN Y LA INFORMÁTICA

Según André Bertrand ¹, para el abogado que se halla por primera vez ante los contratos informáticos hay tres principales dificultades a superar:

¹ Citado por FÉLIX NAZAR ESPECHE, "El Contrato de compraventa de equipos informáticos" en Revista del Derecho Industrial, año 9 (1987), p. 53.

- a) la especificidad de sus aspectos técnicos;
- b) la imprecisión del vocabulario técnico jurídico y
- c) la estructura compleja de estos contratos.

Si bien la contratación informática es una realidad constante en el mundo moderno, no por ello es una tarea sencilla. El vocabulario técnico que predomina en la materia —como bien lo explicita André Bertrand—, crea una valla que el abogado debe superar. Términos como *software* y *hardware* hoy son conocidos por cualquiera, pero qué decir de conceptos como *back-up*, *net*, *token-ring*, *MCA bus*, *multimedia*, etc. A ello se suma que la mayoría de las palabras son términos extranjeros, predominando las del idioma inglés. Crea también confusión y ambigüedad la constante invención de nuevos términos, propia de la actividad informática. Como bien asevera Scott, “se ha creado un nuevo *jargon* (jerga) en informática que ni los propios angloparlantes comprendemos”.

Y si la complejidad del lenguaje no fuera suficiente, aparece lo dificultoso de las relaciones contractuales. Se mezclan en estas estructuras contratos de compraventa con locación, leasing y licencia². Todo esto es instrumentado con contratos de adhesión³. Carlos Correa explica que es común que los principales proveedores de material informático procuren establecer el vínculo contractual sobre la base de contratos preimpresos. Estos contienen las cláusulas generales y especiales a que debe ajustarse tal vínculo, sin mayor posibilidad para el cliente de discutir sus condiciones. Agrega que “la situación de desigualdad entre las partes, características de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente, por ignorar la técnica informática, no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone. Por otra parte, desde el punto de vista económico su situación no le permite muchas veces resistir las presiones de los proveedores”⁴.

Es correcto decir entonces que la desigualdad de las partes es otra característica de los contratos referidos a la computación. Si bien no en todos los casos se da una desigualdad de poder económico, la que sí está siempre presente es la brecha tecnológica que separa el conocimiento de ambas partes. Esto dará origen a principios como el deber de información y consejo⁵.

El objeto de los contratos informáticos podrá ser tanto la entrega de bienes (obligaciones de dar) como la prestación de servicios informáticos (obligaciones de hacer).

Asimismo podrá referirse tanto a *hardware* como a *software*. Algunos autores agregan una tercera categoría que sería la de servicios informáticos. El hardware (la computadora y sus periféricos) debe siempre ir acompañado del software adecuado (los programas de

² Le Pera nos dice que el contrato de licencia se caracterizó porque el objeto de la operación estaba constituido por derechos industriales (ver LE PERA, SERGIO, *Cuestiones de derecho comercial moderno*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1974, ps. 316 y ss.). Actualmente también se aplican las licencias en el campo del derecho autorial.

³ La mayoría redactados en idioma extranjero o siendo generalmente mal traducidos del idioma original. De allí que la ley Bas Lauriol impone el uso del idioma francés en las instrucciones, cualquiera que sea el país del proveedor o del editor del software. Para más información ver CORREA, CARLOS, *Derecho informático*, p. 151, Ed. Depalma, 1987.

⁴ Ver CORREA, CARLOS, *Derecho informático*, ps. 155 y ss., Ed. Depalma, 1987.

⁵ La jurisprudencia francesa fue la primera en instrumentar este tipo de obligaciones. El Tribunal de Comercio de París lo establece en 1971 en “Flammarion c. IBM”.

computación), que es lo que hace que éste funcione y cumpla un fin específico (aquel para el que fue programado). De esta manera, la inadecuada combinación de ambos puede frustrar el principal objetivo de la informática: hacer más rápidos, seguros y eficientes los procesos manuales que realiza el hombre. Por ello hay que tener en cuenta la relación de interdependencia, que está condicionada a lo que en Informática se llama "compatibilidad". Existen determinados programas de computación que sólo son compatibles en determinadas máquinas. A su vez también existen determinados programas de computación que requieren una determinada velocidad o cantidad de memoria sin la cual no pueden funcionar correctamente a pesar de que la computadora en la que *corre* sea compatible. Más adelante analizaremos fallos que desarrollan estos conceptos.

III. CONCEPTO

Es importante aclarar qué entendemos por contrato informático pues éste será el objeto de nuestro estudio.

Etcheverry, en su trabajo *Nuevas figuras contractuales*⁶ expresa que esta denominación es equívoca. El citado autor se refiere dentro de esta temática no sólo a los contratos que versan sobre bienes y servicios informáticos sino también la contratación realizada a través de un ordenador. Si bien el primer concepto sí constituye un contrato informático, no lo es el segundo, —para nosotros denominados *contratos por ordenador*—, que plantea problemas como el valor jurídico del documento electrónico y la manifestación de la voluntad a través de un ordenador.

Juan Pedro Colerio dice que en algunos medios informáticos se circunscribe el concepto de *contrato informático* a las convenciones sobre hardware y software. Considera que ese criterio es limitativo, pues sólo apunta al objeto del contrato y de allí que se incline por englobar en el concepto de contrato informático a toda convención celebrada por ordenador, independientemente del objeto de la misma⁷.

Estos dos autores han adherido a un concepto amplio de contratos informáticos.

Por nuestra parte no creemos que esa denominación sea equívoca —como lo señala Etcheverry—, sino que tiene un significado que puede ser delimitado con exactitud. Trataremos de precisarlo en la mayor medida que sea posible.

Se ha definido el contrato informático como todo acuerdo en virtud del cual se crean, conservan, modifican o extinguen obligaciones relativas al tratamiento automatizado de la información⁸.

En un sentido amplio los define Gustavino, quien expresa que son aquellos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada⁹.

⁶ ETCHVERRY, RAÚL ANÍBAL, "Nuevas figuras contractuales", ps. 39-40, fascículo de la serie *Elementos del Derecho Comercial*, N° 10-11, ed. Astrea, 1987.

⁷ COLERIO, JUAN PEDRO, "Prueba convencional, contratos informáticos y convenciones sobre medios de prueba e inversión de la carga", en *L.L.* del 22/5/92.

⁸ GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, p. 501. En igual sentido: Dall'Aglío, Edgardo J., *La protección de los derechos del consumidor informático por adhesión en el campo de la informática*, JA 1986-I, p. 741.

⁹ GUASTAVINO, ELÍAS, *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación*, p. 65, ed. La Roca, Buenos Aires, 1987.

Gherzi explica que son aquellos que establecen relaciones jurídicas respecto de prestaciones consistentes en transferir la propiedad o el uso y goce de bienes y/o prestar servicios, ambos informáticos ¹⁰.

Finalmente Falcón explica que estos contratos son los que tienen por objeto bienes y servicios relacionados con la informática computarizada desde diversos ángulos en que ésta incide en la relación bilateral contractual ¹¹.

Para nosotros *contratos informáticos* son las convenciones cuyo objeto es la contratación de bienes y servicios informáticos.

Se diferencian claramente de los *contratos por ordenador*, que son aquellos donde la expresión de la voluntad se realiza a través de un ordenador. Ello trae aparejado una serie de problemas como la inexistencia de un documento escrito donde conste la transacción realizada, la ausencia de firmas y la ausencia de un medio fehaciente de prueba por escrito. Se habla aquí de la desmaterialización del contrato.

IV. CLASIFICACIÓN

Las clasificaciones ayudan a tener un panorama más claro del asunto y de esa manera se posibilita un estudio más esquematizado de la materia.

Garrido y Zago distinguen tres clases de contratos:

- a) contratos de computadoras,
- b) sistemas de computación y
- c) contratos de procesamiento electrónico de datos ¹².

La distinción de esta clasificación se basa en el objeto de la prestación a cumplir.

Por su parte Etcheverry dice que son dos los contratos vinculados con la informática:

a) el de transmisión de *hardware*, es decir, de los equipos, grandes o pequeños, de ordenadores y demás aparatos;

b) la transmisión de *software*, esto es, los programas intelectuales, grabados, que permiten operar un ordenador según el fin que el programa busque ¹³.

Estos autores nombrados sólo realizan una enumeración de los contratos y no llegan a desarrollarlos en toda su extensión.

Correa también realiza clasificaciones en cuanto al *software* y al *hardware*. A su vez los divide según el contrato nominado o innominado en que se basen. El autor realiza un extenso análisis de cada uno de los contratos que enumera, siendo profunda su investigación en relación a los contratos relacionados con el software ¹⁴.

¹⁰ GHERZI, CARLOS A., en *Contratos civiles y comerciales*, p. 601, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

¹¹ FALCÓN, ¿*Qué es la informática jurídica?*, p. 151, Ed. Abeledo Perrot, 1992.

¹² GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, p. 501.

¹³ ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, "Nuevas figuras contractuales", ps. 39-40, en *Elementos del derecho comercial*, N° 10-11, Ed. Astrea, 1987.

¹⁴ Ver CORREA, CARLOS, *Derecho Informático*, ps. 155 y ss., Ed. Depalma, 1987.

Ya hemos explicado el concepto que Flacón ¹⁵ tiene de estos contratos. El autor ubica este tema como interdisciplinario y dice que esta clase de contratos pueden referirse a:

a) *adquisición o alquiler de elementos informáticos*: pueden ser contratos de alquiler, leasing, compraventa. Se clasifican a su vez, según el objeto sobre el que recaigan, en *software* y *hardware*. Dentro de este último el más común es el de compraventa;

b) *garantías y seguros*: expresa que se trata de contratos generalmente anexos a los anteriores. Considera que debe ser una exigencia la garantía en el *hardware* por parte del proveedor;

c) *contratos de mantenimiento*: son necesarios para asegurar el adecuado funcionamiento, en especial el de los grandes sistemas y redes. Lo califica como contrato atípico que tiene fuentes en la locación de servicios y en la de obra;

d) *contratos de uso de bancos de datos*: en esta clase de contratos hay obligaciones tanto para el proveedor como para el usuario. El proveedor se obliga a poner todo el cuidado necesario y habitual en el servicio, tanto en el funcionamiento (comunicación, fallas del sistema, etc.) como en la carga de información. El usuario responde por el acceso indebido al sistema de terceros que usen su propia clave y por la infracción general del reglamento de la base de datos;

e) *contratos estipulados por computadora y actividades anexas*: se refiere el autor en este apartado a los problemas del documento electrónico y a la transferencia electrónica de fondos.

Creemos que para realizar una clasificación acorde con la realidad, es necesario volver la vista al comercio, a su modo de actuar, a sus usos y costumbres, pues cualquier estudio o interpretación que prescindiera de esa realidad será una repetición teórica, vacía y sin ninguna utilidad. Por ello es posible realizar una clasificación de carácter casuista que incluye la diversidad de contratos que se pueden realizar en la materia. A nuestro juicio ellos pueden ser:

a) *contrato de compraventa de hardware*: es el contrato que más se da hoy día. En realidad es una compraventa común y corriente pero en ella están vigentes las obligaciones que produce la brecha tecnológica que separa las partes (deber de información y consejo, cooperación, etc.);

b) *contrato de compraventa de software* (licencia de uso): cuando una persona adquiere un programa-producto ¹⁶ de computación, en realidad no adquiere la propiedad del mismo sino sólo una licencia de uso. Se trata de un contrato preimpreso, generalmente de una sola página, que los productos de software incluyen en el embalaje o caja de programas estándar que venden a los usuarios como paquetes de software. En el producto, junto con los manuales, viene un sobre que contiene los diskettes del programa con una advertencia que indica que la apertura del mismo implica la aceptación de los términos del contrato ¹⁷. Este

¹⁵ FALCÓN, ENRIQUE M., *¿Qué es la informática jurídica?*, p. 150, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

¹⁶ También denominados "sistemas enlatados" (por ser un programa que viene hecho y listo para usar) en oposición a los "sistemas a medida" (que deben realizarse conforme a los requerimientos del cliente).

¹⁷ Esta modalidad contractual es llamada "sous plastique" por los franceses y en el ámbito anglosajón se la conoce como "box top" o "shrink wrap".

contrato, por lo general de adhesión, estipula sólo obligaciones para el usuario del programa. Lo que hace la licencia de software (*license agreement*) es conceder el derecho de usar el programa pero la empresa proveedora se reserva el título del mismo (el derecho de propiedad). Las licencias generalmente autorizan a usar el software en una sola computadora. Se prohíbe hacer copias, permitiéndose sólo una de respaldo. En síntesis, para Zakduendo¹⁸ se trataría de un contrato innominado con las siguientes características:

1) un titular de derechos exclusivos otorga la explotación, uso o goce de ellos a la otra parte;

2) la concesión de los derechos se hace por un plazo determinado y

3) el beneficiario paga una contraprestación durante el plazo del contrato.

c) *contrato de leasing de equipamiento informático*: tuvo su origen en el alto costo de adquisición de equipos que existió en los inicios de la informática, como también en la necesidad de asegurarse cuáles eran las reales ventajas que el sistema podía ofrecer al usuario. Hoy en día, salvo que se trate de equipos grandes (mainframes), cualquier empresa está en condiciones de adquirir un ordenador mediano o chico (PC). Además los equipos devienen obsoletos con el tiempo, con lo que la opción a compra a la finalización del contrato no es conveniente.

d) *contratación de programas a medida*¹⁹: cuando una empresa desea un sistema informático y no consigue en el mercado de software ninguno adecuado a sus necesidades debe recurrir a un programa a medida. El primer paso es realizar una definición del problema que desea resolver a través de la informática. Esto puede ser encargado al departamento de sistemas de la empresa, quien a su vez puede contratar un programador externo, o directamente recurrir a una firma especializada para la solución. El diseño del sistema y la programación son los pasos subsiguientes. Es importante por parte de la empresa proporcionar los datos correctos y necesidades para la construcción del programa. El contrato finaliza con la instalación del sistema en la empresa y entrega de documentación, aunque bien puede continuar en pasos posteriores como ser el mantenimiento del software o el entrenamiento del personal. Para Millé se trata de un contrato atípico, sinalagnático, bilateral, oneroso y consensual. Entre las cláusulas más importantes que estos contratos suelen contener cabe destacar la primera parte, de definiciones (muy importante en esta materia donde reinan palabras desconocidas) y la distinción del objeto del contrato, que debe ser lo más precisa y determinada posible (este es uno de los temas que más conflictos generan en esta clase de contratos). Por último se puede resolver si la propiedad intelectual quedará en poder del cliente o se instrumentará una licencia de uso.

e) *contrato de mantenimiento de software/hardware*: es un contrato periódico por el cual una parte se obliga a realizar una prestación sobre el hardware (limpieza interna, desinfecciones, etc.) o sobre el software (actualización del sistema a medida, etc.).

f) *contratos de intercambio electrónico de datos*: se los conoce como contratos EDI (Electronic Data Interchange). En realidad no son contratos que versen sobre bienes o

¹⁸ CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, "La licencia de uso de software bajo la modalidad de contrato de adhesión incluido en el envase y el ordenamiento jurídico argentino", en *SOFTWARE: protección legal y contratos*, RDI N° 12, ps. 736 y ss., ed. Depalma, 1988.

¹⁹ En este punto seguimos el trabajo de ANTONIO MILLÉ publicado en la colección *Derechos intelectuales*, T. 2, p. 90, ed. Astrea, 1988.

servicios informáticos. Se trata de un contrato que reglamentará cómo las partes van a intercambiar mensajes a través de una red informatizada y qué valor jurídico le van a asignar a los mismos. Desde esta perspectiva sería un contrato autorreglamentario.

V. PRINCIPIOS GENERALES. JURISPRUDENCIA.

En nuestro país, a partir de 1986 una serie de pronunciamientos judiciales han delineado los derechos y obligaciones que surgen de los contratos que analizamos estableciendo una suerte de "principios de la contratación informática".

En el caso "*Pandemonium c. Thinkercorp S.A.*"²⁰ (CNCom, Sala C, noviembre, 13-1985), Pandemonium, una sociedad de hecho, acciona por resolución de contrato más daños y perjuicios contra Thinkercorp S.A. con quien había celebrado una compraventa para la adquisición de una computadora. En primera instancia se afirmó que el contrato no se habría perfeccionado por no haber quedado definida la "cosa vendida" (art. 1333, Cód. Civil), con lo que la acción es rechazada. El tribunal de Alzada confirmó la sentencia de primera instancia pero con fundamentos diferentes. El Dr. Quintana Terán llevó el voto cantante al cual adhirieron los Dres. Anaya y Caviglione Fraga. Consideró que la cosa comprada por el actor fue *determinada* en algunos aspectos y *determinable* bajo otros y por ello resta validez a la conclusión del juez *a quo* en cuanto a la indefinición del objeto. El vocal añade que lo pactado por las partes era la entrega (junto con la computadora) de un programa especial y no *standard*. Funda ello en que la misma demandada explica la causa de su demora en la entrega de los diskettes arguyendo el lapso que insume su programación (por lo que se trataría de programas *específicos* o *a medida*). Asimismo se dijo que la definición del programa no era, en virtud de la operación adoptada, algo de antemano sabido pero que resultaba susceptible de serlo a través de una ulterior actividad exigible consistente en la *colaboración de ambas partes*.

Añade que no debe confundirse la determinación del objeto del contrato con la existencia actual del mismo. No falta esa determinación por más que no exista todavía la prestación debida: eso es lo que necesariamente ocurre en las obligaciones de hacer, como sin duda lo es la prestación *indefinida*, en las cuales el hecho debido, o el resultado de ese hecho es sobreviniente a la constitución de la deuda. Finalmente termina declarando que la colaboración de los celebrantes en un contrato es un *iter* que hace al cumplimiento del acuerdo y no a su formación ya que no se trata de *pour parler* sino de la obligada actuación de determinadas conductas de los interesados, que suponen la preexistencia de un obrar exigible como única alternativa de posibilitar la individualización precisa del objeto o cosa vendida. Sin embargo no se hizo lugar a la resolución del contrato, pues mediando incumplimiento del comprador al suspender los pagos a que estaba obligado, éste se encuentra inhibido para solicitar la resolución del mismo.

En síntesis, lo que surge de este fallo es el problema que debe enfrentar el tribunal para llegar a la *determinación del objeto del contrato*. Ello se debe realizar con la colaboración de ambas partes.

En "*Sisteco, Sistemas de Computación S.A. c. Sujoy, Sergio*"²¹ (CNCom, Sala E, junio,

²⁰ La Ley 1987-A, p. 356, con nota de Federico Highton.

²¹ La Ley 1987-A, p. 135.

26-1986) se define el concepto de entrega referido a bienes informáticos. La actora, Sisteco, Sistemas de Computación, S.A., demandó a Sergio Sujoy por cobro del saldo de precio — correspondiente a los rubros adquisición de equipo y material, sellado de contrato, prestación impaga del servicio de mantenimiento— por la compraventa de un equipo de computación Wang en los términos del contrato, celebrado entre las partes. El demandado reconoció la celebración del contrato pero se opuso al progreso de la acción sosteniendo que la actora nunca instaló el equipo en el sentido que corresponde dar al término *instalación* según las cláusulas contractuales, esto es, notificar por escrito al cliente que las especies vendidas *han sido puestas en condiciones normales de funcionamiento y están listas para ser usadas* (cláusula 4° del contrato). En virtud de esto reconvino por resolución del contrato.

En primera instancia se hace lugar a la acción y se rechaza la reconvención considerando que el equipo había sido instalado efectivamente. El juez sostuvo que le correspondía a la demandada acreditar la existencia de los vicios al tiempo de la instalación, y que no eran fallas de mal funcionamiento sino de la cosa misma.

La Alzada revocó el fallo de primera instancia basándose en aspectos vinculados a la contratación informática. Como bien lo ha señalado el Dr. Bergel, ellos fueron:

a) *concepto de entrega*: en una compraventa como la de autos no basta la mera entrega física del equipo adquirido, e inclusive no es suficiente la instalación y puesta en marcha de los elementos, sino que, a los efectos de la aceptación del sistema adquirido y de la asunción de la obligación de pago, es necesaria la operación conforme del conjunto de los elementos componentes del sistema y su utilidad y adecuación a los fines previstos.

b) *vicios redhibitorios*: los vicios, en este tipo de bienes, no pueden ser entendidos conforme a pautas elaboradas para otros tipos de bienes. Lo que hay que realizar es una interpretación funcional del vicio oculto. Cuanto más complejo es el material y menos conocimiento tiene el adquirente, cobrará mayor entidad la garantía por vicios ocultos con relación al control de conformidad. En informática, aun sin existir un defecto intrínseco, la cosa transmitida puede resultar impropia para su destino. En ese sentido, se ha señalado que en materia informática la insuficiencia de capacidad de memoria o la dilación en el tiempo de respuesta pueden impedir, sin afectar la sustancia del equipo, su normal utilización.

c) *responsabilidad contractual objetiva, obligaciones de resultado*: se admite la responsabilidad contractual objetiva en materia informática. Ello así, pues señala que “comprobadas las fallas de envergadura, la reconvención sólo hubiera podido liberarse acreditando que los defectos le eran imputables al usuario (por contravención de indicaciones, uso anormal, etc.)”. Conforme a este criterio, el deudor no puede demostrar la no culpa, o al menos esa prueba resulta irrelevante para eximirlo de responsabilidad.

En “*Orue, Fabián c. King Carol S.R.L.*” ²² (CNCom, Sala B., 23 de marzo de 1988) se desarrolla el concepto de buena fe negocial en materia informática. Se dijo que el carácter de simple consumidor del accionante y el de profesional que como comerciante revista la demandada, hacen que por la aplicación del principio de la buena fe, ésta debe hacer el mejor de sus esfuerzos para que negocios como el que motiva el presente juicio arriben a buen

²² DAT (Derecho de la Alta Tecnología), N° 4/5, p. 24.

término (arts. 902 y 1198 del Cód. Civil), y el consumidor no se sienta burlado en sus derechos.

En el caso, el Sr. Orue había adquirido a King Carol un equipo Commodore 64 que no funcionaba. Ante su reclamo le fue substituido por otro. Luego de un corto período éste también dejó de funcionar. Enviado al service, se le informa que no existían repuestos en el mercado. Esto, luego de noventa días de vencida la garantía. Al negarse a entregar un nuevo equipo, el damnificado decidió llevar el caso a los tribunales.

En "*De Ambrosi Lameka S.A. c. Centro de Computación de Datos S.A.C.O.M.A.*" ²³ (1988) la Cámara desarrolló interesantes principios que deben imperar en la contratación informática. El primer concepto que surge del fallo es el de *colaboración recíproca*: "la complejidad y singularidad de los contratos informáticos torna imprescindible la mutua colaboración de las partes en el logro de las finalidades perseguidas". Reconoce también que la *determinación y precisión del objeto de la prestación* comprometida por el proveedor de bienes y servicios informáticos se convierte, en forma reiterada, en la causa más frecuente de litigios en la materia. De ahí la importancia para las partes de la delimitación del objeto de la manera más precisa posible. Finalmente el fallo se refiere al *deber de información y consejo a cargo del proveedor* sosteniendo que no se aplica en el caso como el de autos, donde el actor tuvo personal idoneo que lo asesoró sobre las limitaciones del sistema.

La Corte Suprema también intervino en un caso de contratos informáticos. En los autos "*Caja Nacional de Ahorro y Seguros c. N.C.R. Argentina S.A.*" ²⁴ (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 29/8/89) la Corte solucionó el problema planteado con la aplicación del principio de la buena fe negocial que debe imperar en la interpretación y ejecución de un contrato.

La actora promovió acción por resolución contractual fundada en la circunstancia de que el programa provisto por la accionada no era apto para la finalidad requerida. La sentencia de primera instancia —confirmada por el tribunal de alzada—, rechazó la acción incoada con fundamento en que no se había previsto en el llamado a licitación que originó el contrato la exigencia de que el sistema de computación requerido fuese capaz de mantener actualizado el programa *Cotizaciones y facturaciones de premios*, por lo que no estaba obligada la demandada a cumplir con este aspecto en la tarea convenida.

La Corte Suprema consideró que se había efectuado una interpretación de las cláusulas contractuales en sentido opuesto a la voluntad exteriorizada por las partes. Señala en su decisión que surge de las especificaciones técnicas que el "sistema minicomputador autosuficiente" requerido debía ser apto para "procesar las aplicaciones detalladas en el anexo I, o sea, los trabajos de *control de siniestros y aseguramiento*, rubro, este último, que incluía los trabajos de facturación para el cobro de premios". "La aptitud del sistema —agrega— de acuerdo con lo que surge del contrato era responsabilidad de la contratista, quien debía determinar el software y hardware adecuado". La Corte invocó el art. 1198 y dijo que el contratista debía verificar si las exigencias de trabajo solicitadas se amoldaban

²³ DAT N° 4/5, p. 26.

²⁴ En el comentario de este fallo seguimos a BERGEL y su trabajo "Jurisprudencia Argentina en temas informáticos", publicado en *SOFTWARE: protección legal y contratos*, RDI N° 12, ps. 701 y ss., ed. Depalma, 1988.

a las características de los aparatos de computación, en particular a la capacidad de memoria.

De la lectura del fallo surge que hay un conflicto originado en la *distinta posición de las partes frente a la contratación de bienes y servicios informáticos*: el apego del proveedor a las cláusulas contractuales que —tomadas en forma aislada y fuera de contexto—, pueden llegar a justificar su incumplimiento parcial, enfrentado a la postura del usuario que —más allá de lo que pueda surgir de un análisis literal del contrato—, apunta al logro de un *resultado esperado*. Esta norma que en definitiva expresa el imperio de la buena fe en la celebración, interpretación y ejecución del contrato, resulta de gran utilidad en materia informática, por cuanto a la complejidad técnica propia de la especie se suma el empleo de un lenguaje respecto al cual no existen criterios interpretativos unívocos, y la común falta de presión sobre el objeto de las prestaciones comprometidas por las partes.

La Corte acogió el recurso y mandó dictar un nuevo fallo a la sala que seguía un orden de nominación. El nuevo pronunciamiento destacó que la demandada debía verificar —por imperativos contractuales—, si las exigencias de trabajos especificadas por la comitente en el anexo I se amoldaban a las características de los aparatos de computación de que era locadora, y asegurarse de que éstos contaban con la aptitud y capacidad de memoria apropiadas para las expectativas de trabajos que se descaban procesar.

El caso más reciente es “*Sistex S.A. c. Valerio Oliva S.A., s/sumario*”²⁵ (1990). El fallo constituye el reconocimiento más amplio que la jurisprudencia ha hecho a la materia.

Los hechos pueden resumirse de la siguiente forma. En noviembre de 1984 las partes celebran un contrato por el cual Sistex S.A. se comprometía a proveer una computadora, sus programas y la capacitación del personal e instalación. El saldo del precio debía abonarse el 3/11/84 y el monto correspondiente al I.V.A. en el momento de su pago.

En octubre de 1986 la vendedora emplazó por carta documental al pago de una suma de moneda nacional equivalente a lo debido por el impuesto al valor agregado, cantidad que luego reclamó en juicio iniciado en noviembre de 1986.

La demandada opuso la “*exceptio non adimpleti contractus*” fundada, entre otros motivos, en incumplimiento parcial de la vendedora (no había entregado ni el programa de gestión de ventas ni el de contabilidad, lo que obligó a su parte a contratar con otra firma) y que el programa de sueldos no reunía los requisitos legales para funcionar.

La actora contestó el traslado conferido argumentando que no vendió los programas de gestión de ventas, sueldos y contabilidad pues su obligación se limitaba a entregar la computadora con todos sus accesorios y capacitar al personal que lo hizo. Alega que entregó una base de datos que la compradora debía instrumentar de acuerdo con las necesidades de su negocio. Añade que la programación era a cargo de la compradora.

En primera instancia se hace lugar a la demanda y se rechaza la excepción de incumplimiento con estos fundamentos: de la instrumental acompañada por la actora surge que sólo se comprometió a aportar la base de datos para programar los sistemas de contabilidad, sueldos y jornales y gestión de ventas y capacitación del personal e

²⁵ La Ley 14/2/91.

instalación, pero no se pactó que debiera programarla a satisfacción del comprador. Refuerza esas conclusiones el hecho de que la demandada contrató con un tercero para la programación de los sistemas.

Apelada la demanda, la Cámara confirmó con los siguientes fundamentos: en esta clase de contratos hay que distinguir entre hardware y software y aquí sólo se contrató por el hardware, que incluye la provisión del equipo y la capacitación del personal pero no la provisión del software.

Agregó que el costo de los programas es elevado por lo tanto cabe presumir que no se encuentran incluidos en lo pactado y que no es costumbre que se provean ambos (hardware y software) en forma conjunta.

Contra esta resolución se interpuso recurso de inconstitucionalidad por absurda interpretación del contrato y arbitraria inaplicabilidad del art. 1201 del Cód. Civil.

El elaborado voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci comienza en el punto IV reconociendo la existencia de los *contratos informáticos*, y luego en el siguiente apartado se refiere a la compleja terminología que es utilizada en convenciones de esta clase.

El punto VI trata de la evolución de la contratación del software y el hardware, para llegar al punto VII —que es el que nos interesa a nosotros—, referente a la aplicación de esos principios al caso.

Luego de definir el contrato informático con citas de Guastavino y Dall'aglio (ver punto III de este trabajo) el fallo realiza una reseña de la compleja terminología técnica utilizada en esta clase de contratos. Así distingue primeramente el "hardware" del "software" (en este último incluye definiciones del derecho comparado y varias citas de la doctrina, incluyendo una amplia clasificación del mismo). Asimismo define los términos "base de datos", "basic", "algoritmo", etc.

El punto VII especifica ciertas reglas de interpretación en materia de contratos informáticos. En primer lugar, la sentencia reconoce la carencia de suficientes conocimientos técnicos y experiencias de uso en equipos de elaboración electrónica de datos. Esta diferencia que el voto denomina "brecha tecnológica" producirá una inclinación en la *interpretación hacia la parte más débil*. Seguidamente señala las diferentes actitudes que cada una de las partes presentan en la negociación. La parte más débil espera un cierto resultado funcional, una solución práctica a su problema (obligación de resultado), mientras que la parte técnicamente fuerte desea cumplir lisa y llanamente con las especificaciones del contrato (obligación de medios).

De estos dos principios se extrae como conclusión que es el *principio de buena fe* el que debe cobijar no sólo la celebración y ejecución sino también la formación del contrato y que debido a esa situación de desigualdad, el proveedor del servicio debe utilizar una *terminología clara* para no confundir al adquirente. Existe también un deber de información y consejo.

Mediante la aplicación de estos principios al caso concreto, la sala 1ª de la Suprema Corte de Mendoza resolvió a favor de la accionante.

En síntesis: el fallo reconoce la *categoría de contratos informáticos*. En diversas partes de la sentencia se hace alusión a ellos. Se resalta como característica la complejidad de los mismos por la multiplicidad de obligaciones que presentan. El fallo también destaca la *desigualdad de las partes* en la contratación informática. De allí que la jurisprudencia

francesa hace recaer sobre el proveedor un deber de *asesoramiento y advertencia*. La sentencia destaca una doble circunstancia: la brecha técnica que separa al profesional del usuario común y las actitudes con que cada uno se aproxima a la negociación. El adquirente pretende una obligación de resultado, el enajenante sólo una de medios. El principio de buena fe se aplica no sólo a la ejecución sino también a la etapa de formación. Por último el fallo hace referencia a los principios que deben regir la interpretación de los contratos informáticos. De la situación de desigualdad anteriormente mentada se deduce que el contrato debe ser *interpretado a favor del adquirente*. Procede también la obligación de información y consejo por parte del proveedor.

Realmente encontramos placentera la lectura de un fallo de tales características, donde se reconoce con efectividad la categoría de contratos informáticos y realfirma la aplicación de los principios ya elaborados por la jurisprudencia y doctrina anteriores.

Mosset Iturraspe se refiere a él como una "lección magistral acerca de los contratos informáticos"²⁶.

VII. CONCLUSIONES

¿Estamos frente a una nueva categoría de contratos?

De ninguna manera. Como ya lo hemos dejado traslucir en las clasificaciones, se trata de contratos tradicionales (ya sean nominados o innominados, cfr. art. 1143 Cód. Civil), cuyo objeto (bienes y servicios informáticos) proponen nuevos criterios de interpretación, estableciendo derechos y obligaciones para ambas partes.

Como bien señala Messineo "los institutos jurídicos tienen por lo común su germen, no en la fantasía de los juristas o el legislador sino en la inventiva práctica de los mismos interesados y encuentran generalmente una primera disciplina en los usos, antes que la legislación se apodere de ellos. El fenómeno del uso (o costumbre) —que ningún legislador moderno (por muy absorbente que sea) podrá ni abolir ni ignorar eficazmente, porque es un medio frecuente a través del cual el derecho objetivo se va adaptando incesantemente a las necesidades de la vida—, encuentra una de sus más destacadas manifestaciones (si no la más destacada) precisamente en la materia del contrato por el trámite de los contratos nuevos, los cuales, aunque desconocidos por la ley, encuentran igualmente su propia disciplina"²⁷.

Serán entonces los usos y costumbres los que irán delineando nuevas tipologías contractuales. Hoy en día existen figuras jurídicas que escapan al marco de los contratos típicos clásicos como ser la agencia, la franquicia comercial, el know-how y los contratos informáticos forman parte de esta nueva generación de acuerdos que por el momento no requieren una regulación específica.

Por ello concluimos en que bastará seguir la senda trazada con gran acierto por la jurisprudencia citada.

²⁶ Ver MOSSET ITURRASPE, JORGE, en "La excepción de incumplimiento en el contrato informático y la condena condicional", en *La Ley* 14/2/91.

²⁷ FRANCESCO MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, tomo 1, p. 381, trad. de R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M. Volterra, ed. Edisa, Bs. As., 1952.

Sin perjuicio de ello no descartamos que en un futuro la necesidad de plasmar en normas positivas los conceptos generales que van surgiendo de la interpretación de estos contratos haga necesaria su incorporación al respectivo cuerpo normativo.

BIBLIOGRAFÍA

1) DOCTRINA:

ALTMARK, DANIEL, "El contrato de mantenimiento", *La Ley* 1986-B, p. 719.

ALTMARK, DANIEL, "Contratos informáticos (las relaciones contractuales en la operatoria de los bancos de datos)", *La Ley* 1991-A, p. 835.

BERGEL, SALVADOR DARIO, "Jurisprudencia argentina en temas informáticos", publicado en *SOFTWARE: protección legal y contratos*, RDI Nº 12, ed. Depalma, 1988.

COLERIO, JUAN PEDRO, "Prueba convencional, contratos informáticos y convenciones sobre medios de prueba e inversión de la carga", en *La Ley* del 22/5/92.

CORREA, CARLOS, *Derecho informático*, ed. Depalma, 1987.

CZAR DE ZALDUENDO, SUSANA, "La licencia de uso de software bajo la modalidad de contrato de adhesión incluido en el envase y el ordenamiento jurídico argentino", en *SOFTWARE: protección legal y contratos*, RDI Nº 12, ed. Depalma, 1988.

DALL'AGLIO, EDGARDO J., *La protección de los derechos del consumidor informático. Contratos por adhesión en el campo de la informática*, JA 1986-I.

ETCHEVERRY, RAÚL ANÍBAL, Nuevas figuras contractuales en fascículos de la serie *Elementos del Derecho Comercial*, Nº 10-11, ed. Astrea, 1987.

FALCÓN, ENRIQUE M., *¿Qué es la informática jurídica?*, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.

GARRIDO-ZAGO, *Contratos civiles y comerciales*, ed. Astrea.

GUASTAVINO, ELIAS, *Responsabilidad civil y otros problemas jurídicos en computación*, ed. La Roca, Buenos Aires, 1987.

GHERSI, CARLOS A., en *Contratos civiles y comerciales*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1990.

HIGHTON, FEDERICO, "Contratos sobre computadoras y sus programas", en *La Ley* 1987-A, p. 357.

LE PERA, SERGIO, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1974.

MESSINEO, FRANCESCO, *Doctrina general del contrato*, tomo 1, ed. Edisa, Bs. As., 1952.

MILLÉ, ANTONIO, "Licencias de sitio para software en paquetes", en *La Ley* del 15/8/86.

MILLÉ, ANTONIO, "El derecho de acceso al programa fuente", en *La Ley* del 26/9/86.

MOSSET ITURRASPE, JORGE, "La excepción de incumplimiento en el contrato informático y la condena condicional", en *La Ley* 14/2/91.

NAZAR ESPECHE, FÉLIX, "El contrato de compraventa de equipos informáticos", en *Revista del Derecho Industrial*, año 9 (1987).

2) JURISPRUDENCIA:

"Pandemonium c. Thinkercorp S.A."

"Sisteco, Sistemas de Computación S.A. c. Sujoy, Sergio".

"Orue, Fabián c. King Carol S.R.L."

"De Ambrosi Lameka S.A. c. Centro de Computación de Datos S.A.C.O.M.A."

"Caja Nacional de Ahorro y Seguros c. NCR Argentina S.A."

"Sistex S.A. c. Valerio Oliva S.A."

EL HONOR Y LA CENSURA: ¿UNA CONTRADICCION?

FLAVIO F. AGATIELLO PINERO

I. LA NUEVA REALIDAD COMUNICACIONAL

La *libertad de prensa* es una de las notas distintivas del sistema democrático. En efecto, el papel desempeñado por la prensa y los restantes medios de comunicación ha adquirido una importancia fundamental a nivel mundial. La concentración de los medios de comunicación en pocas manos se yergue como una auténtica amenaza para las sociedades contemporáneas.

El poder de los "*multimedios*" ha crecido enormemente a escala global. Y nuestro país no es ajeno a este fenómeno, tal como lo hemos podido observar en estos últimos tiempos...

Personalmente, no considero que estemos asistiendo a un auténtico "Gobierno de los Mass-Media", como se le ha solido denominar. Pero, insisto, tampoco podemos dejar de reconocer la enorme *importancia* adquirida por los medios de comunicación. Para ejemplificar esto último, basta con recordar el episodio protagonizado por el Sr. 'Tato Bores' y la Dra. Servini de Cubría.

Sin embargo, creo que, de todo lo que se dijo en torno a ese caso, lo más interesante no salió de la boca de la Dra. Servini ni de la del Sr. 'Tato Bores'...

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO AL HONOR

Sin lugar a dudas, uno de los aspectos más atractivos lo planteó, desde el ámbito televisivo, el Dr. Mariano Grondona. Según su criterio, el problema central consistía en la existencia de una *contradicción entre la libertad de prensa y el derecho al honor*, frente a la cual debería optarse inevitablemente por uno de ambos extremos.

A la espera de que el correr del tiempo enfriara los ánimos y la calma diera lugar a un análisis más racional y desapasionado, decidí, por aquel entonces, postergar la publicación de este artículo. Por eso ruego al lector que *deje de lado* todo lo atinente a *aquel caso concreto*, para así poder dedicarnos plenamente al análisis de esa supuesta contradicción planteada por el Dr. Mariano Grondona.

A mi humilde entender, la cuestión central pasa por si verdaderamente podemos hablar de "contradicción" entre el derecho personal al honor y la libertad de expresión. Personalmente, *no creo que deban ser tratados como dos valores mutuamente excluyentes*. Si prescindimos de planteos meramente ideológicos, podremos ver claramente como la contradicción, en realidad, no existe... A decir verdad, sólo se trata de una *apariencia* de tal.

No faltará quien señale que en la vida jurídica se presentan disyuntivas que cierran toda otra alternativa que no sea optar por aquel bien jurídico que consideremos superior. Eso es verdad, pero debemos convenir que, en la mayoría de los casos, no sucede eso. Por el contrario, las supuestas contradicciones se disipan cuando profundizamos el estudio del tema...

Es ahí donde, efectivamente, se ve la grandeza de nuestros constituyentes: los valores tutelados por la Constitución Nacional tienden a *integrarse y complementarse*, tal y como, por otra parte, lo impone el Derecho Natural.

El error de sostener la postura del Dr. Grondona se torna evidente al comprender que si la justicia no fuera otra cosa que optar por un valor en desmedro del otro (que según nuestra escala axiológica sería inferior), *la justicia siempre implicaría una injusticia*, por lo menos parcialmente, al avasallar aquel valor que relegamos a un segundo lugar. De esta manera, la justicia traería siempre consigo una injusticia a modo de *residuo*.

La postura lógica y prudente, cuando se nos presentan esas situaciones peculiares en las que los valores parecen entrar en conflicto por la supremacía, no es de ningún modo lanzarnos irreflexivamente en busca de *más importante*. *La actitud correcta será comprobar si es que estamos, en el caso concreto, en presencia de dos auténticos valores*, o si, cuando menos uno de ellos, no es sino una *apariencia* de tal...

Si dos bienes chocan entre sí, en la mayor parte de los casos alguno de los dos no será, en realidad, un verdadero bien. Desarrollar más esta cuestión resultaría ocioso. A tal efecto bastaría con remitirnos a *La República* de Platón.

Una injusticia puede enfrentarse con otra injusticia de sentido contrario (porque hay muchas injusticias y unas pueden ser de dirección inversa a las otras). Pero *la justicia nunca puede ser su propia enemiga*, por el simple hecho de que la justicia es una sola y nunca puede ir contra sí misma.

III. PRIMERA ALTERNATIVA

Para clarificarlo, podemos *imaginar un caso hipotético* en el cual se produzca la supuesta oposición entre ambos valores: el honor y la libertad de expresión. Supongamos lo siguiente: un sujeto ha redactado un artículo o grabado un programa en el cual expone una serie de consideraciones sobre un determinado sujeto. Este último recibe información fidedigna acerca del contenido de las mismas y las percibe como deshonrosas o injuriosas para su propia persona.

En este supuesto ideal que, reitero, no tiene por qué coincidir con el caso concreto del Sr. "Tato Bores" y la Dra. Servini de Cubría, *pueden verificarse dos hipótesis bien distintas*. La primera es que no existan declaraciones injuriosas o calumniosas contra el denunciante. En tal caso, no existirán razones para obstar la difusión de las mismas.

Pero si, en esta primera alternativa, el juez debe decidir de esa forma, *no es porque la libertad de prensa grave por sobre el derecho al honor, sino porque, en mérito a la verdad, el honor no había sido afectado, es decir, sencillamente no estaba en juego.* En este caso, la invocación del derecho al honor no era otra cosa que una mera excusa para impedir la publicación. *Aquí no hay dos valores sino solo uno, la libertad de expresión, y en salvaguardia del mismo la Justicia deberá autorizar su inmediata difusión.*

IV. SEGUNDA ALTERNATIVA

La segunda hipótesis, y ésta es la que, a los efectos de nuestro análisis, más nos interesa, será aquella en la cual *realmente existen declaraciones que agravan el honor del denunciante.* En tal caso, no faltarán voces que, con la mejor buena voluntad, se alcen en pro de la difusión de tales declaraciones, en la sincera convicción de que impedirlo sería atentar contra la libertad de expresión.

Difícilmente podamos hablar de libertad de expresión como un derecho ilimitado y absoluto que incluso permitiese lesionar en forma arbitraria e injusta un bien jurídico tan importante para una sociedad democrática como ser el honor y el buen nombre de cualquiera de sus integrantes. *Esto estaría en abierta contradicción con el artículo 28 de la Constitución Nacional.*

Supondría, además, otorgar *"una supremacía por la cual el honor y el buen nombre de los argentinos quedarían a merced de quienes" tuvieran acceso a los medios de comunicación* (y tan sólo por el hecho de tenerlo). Cualquiera de nosotros, micrófono en mano, podría injuriar impunemente a quien nos viniera en ganas, bajo la excusa de nuestro derecho a expresarnos libremente. Esta postura es evidentemente inconstitucional.

Es por todo esto que no se puede autorizar una publicación injuriosa por la simple invocación de una libertad de expresión que en tal caso no sería realmente tal. De otro modo, se estaría avasallando la lógica interna de toda la Constitución Nacional y al mismo Derecho Natural. *Impedir la difusión de las injurias no constituye "censura previa" alguna, sino la justa protección del derecho personal al honor que cada uno de nosotros posee hasta que se pruebe que hemos efectivamente cometido un delito.* Mientras tanto, nuestro buen nombre no puede ser sometido al arbitrio de nadie, ni aun de los medios de comunicación.

Los jueces deberán decidir en tal sentido, muy a pesar de la campaña que en su contra montasen los formadores de opinión, en su afán de hacer de su profesión un feudo, al cual ni aun la Justicia pueda entrar en defensa de los derechos de terceros. Por eso, *corrupto* no será el juez que defienda nuestro derecho al honor tomando las medidas que correspondan, sino aquél que, por temor al descrédito social, permita que nuestros derechos sean avasallados.

Como el lector habrá podido observar, *en esta segunda alternativa tampoco se puede hablar de una contradicción entre dos valores.* No hay libertad de expresión alguna que tutele el derecho a deshonrar o difamar. Sólo se trata, como en la primera hipótesis, de *un único valor que está siendo agredido: en este caso se trata del derecho al honor y la dignidad personal de cualquiera de nosotros.* Este derecho es el que debemos proteger sin titubear frente a quienes pretenden escudarse en una supuesta libertad de prensa entendida como *"libertad para injuriar"*.

V. ¿"A PRIORI" O "A POSTERIORI"?

Por lo demás, ociosa resulta la discusión acerca de si la publicación debe ser impedida o si lo correcto es permitirla para luego exigir la responsabilidad penal y la indemnización pecuniaria por los daños causados al honor y el prestigio del injuriado. Todos comprendemos que a la hora de cometerse injurias o calumnias por vía de un medio de comunicación masiva, *sería grotesco esperar a que se efectúe la publicación para recién entonces castigar al ofensor...*

Eso sería equivalente a sostener que para detener a quien pretende cometer un homicidio debiera esperarse a que consumara el crimen. ¿De qué le sirve al muerto que encarcelen a su asesino o que se le dé una indemnización a su familia...?

Del mismo modo, ¿de qué le sirve al injuriado que el ofensor se retracte públicamente? ¿Quién confiará, acaso, en tal retractación? *Sobre él pesará para siempre la "duda", esa patológica inversión de la prueba que suele producirse en nuestra sociedad.* ¿De qué le sirve al injuriado que el ofensor pretenda indemnizar los daños causados? Ellos son enormes e incalculables. *Nadie puede repararlo con dinero, porque el honor es seguramente "el valor más remiso a ser medido con moneda metálica".*

Mientras tanto, ¿al ofensor quién le quita lo bailado? Se ha enriquecido con la *noticia bomba* y, una vez obtenidos sus objetivos, está dispuesto a hacer esa *retractación que nadie leerá* e incluso a pagar esa *suma simbólica* que, más que una indemnización, es percibida por aquél que ha soportado el descrédito social como una *dáviva insuficiente que completa la injuria.*

La justicia y los derechos constitucionales quedarían así reducidos a una mera ilusión... *Esta vía nunca será la forma de erradicar la corrupción,* como sostienen algunos periodistas. Muy por el contrario, será la forma de consolidar las prácticas corruptas en los propios medios de comunicación que debieron denunciarlas. Los mercenarios de la injuria no tardarían en aparecer en un ambiente favorable para sus prácticas y, aprovechando el poder que el acceso a los medios masivos les confiere, dispararían contra cualquier persona, culpable o inocente, que no les cayera en gracia.

VI. EL ÁNGULO POLÍTICO

Desde ya que no sostengo esta postura atrincherado en una posición puramente jurídica, sino también desde un ángulo político. La censura política, tanto que sea previa como que sea hecha a posterioridad, es un crimen que no puede tolerar el estado de derecho. Esto es evidente.

Pero impedir la custodia de los derechos personales, además de ser una injusticia, *crea un ambiente social salvaje que atenta contra el bien común.* Permitir tal estado de cosas es caer en la *demagogia* y, como sabemos, la demagogia está tan distante y se opone tanto a la república como la peor de las tiranías.

La defensa que debemos dar al derecho al honor, que todos poseemos, tampoco se basa en una concepción atomista que exalte la inviolabilidad del individuo sino en *el bien común de la sociedad* en su conjunto, la cual no podría subsistir si estuviera permitiendo menoscabar arbitrariamente el buen nombre y crédito de cualquiera de sus integrantes.

Por otra parte, absurda es la actitud de quienes, resaltando un derecho individual a publicar, terminan por tolerar la violación de derechos individuales tan esenciales a la dignidad del ser humano como su derecho al honor y al buen nombre. Eso no es proteger verdaderamente los derechos del individuo sino anteponer daprichosamente las supuestas libertades, *que en realidad no son tales*, de unos pocos, por sobre los derechos del resto de los ciudadanos.

Es por todo esto que debemos preservar aquella *función preventiva de la Justicia*, que impide la consumación de un daño irreparable antes de que mismo se produzca. Decir que la Constitución Nacional permite inmóvil los libertinajes constituye, no sólo es, un error grave por su intrínseca injusticia, sino también por la todavía mayor gravedad de sus consecuencias sociales y políticas.

Sostener que la Constitución defiende esta postura no sería otra cosa que afirmar que la Constitución argentina pretende sembrar la injusticia y el descrédito de los argentinos. Desde esta óptica, la Constitución buscaría destruir el justo orden de nuestra sociedad antes que edificarlo.

Ciertamente, tal interpretación resulta absurda. La Constitución Nacional, por ser auténticamente republicana, no podría estar jamás respaldando tales tesis que, por injustas y demagógicas, chocan con los altos ideales que inspiraron a los constituyentes de 1853.

VII. EN SÍNTESIS

Resumiendo: impedir la difusión de la injuria no es censura previa sino la protección del derecho al honor del denunciante. Si el individuo se entera del ataque inminente a su honor y el tribunal comprueba el carácter injurioso de aquello que está por ser publicado, es natural que la Justicia, estudiando el caso concreto, impida la difusión en salvaguarda del buen nombre del denunciante.

La libertad de prensa es vital para la democracia. Ningún control político debe recaer sobre ella. Pero concebirla como libertad suprema y absoluta atenta contra la democracia bien entendida y nos sumerge a corto plazo en la injusticia, la demagogia y el avasallamiento de nuestros derechos fundamentales.

Los jueces, nuestra última protección contra quienes pretenden burlar nuestros derechos, deben juzgar en cada caso si hay o no injuria, incluso suspendiendo provisoriamente la publicación, en caso de ser estrictamente necesario, pero siempre expidiéndose a la mayor brevedad posible.

Si hay injuria, el juez deberá proteger nuestro honor, ya que nadie tiene libertad para ofender arbitrariamente a otro. Como ya dije, eso no es un derecho sino, en el mejor de los casos, una *apariencia* de tal.

Si, en cambio, no hubiera injuria alguna, el juez deberá autorizar la publicación, porque bajo una falsa denuncia se estaría tratando de censurar la libre expresión de otro sujeto.

Como se puede ver, no hay contradicción alguna entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Por el contrario, comprendidos en su justa medida, se complementan e integran perfectamente.

Sólo me resta reiterar que *proteger la dignidad "ex-post" no es protegerla sino*

mancillarla, y que el debate en torno a este tema tan rico en consecuencias jurídicas y políticas merece una auténtica reflexión filosófica, sin dejarnos arrastrar por intereses personales o lastres ideológicos de uno u otro signo.

VIII. UNA ÚLTIMA SALVEDAD

Puede ser que buena parte de la doctrina apoye a quienes, de uno u otro modo, se pronuncian en defensa de la libertad de expresión aun pasando por sobre la dignidad del ser humano. Sin embargo, para ser sincero, en tal caso no creo que estén defendiendo la libertad de expresión sino uno de los libertinajes más peligrosos para el normal funcionamiento del sistema republicano.

Dicha convicción fue la que me movió a escribir este artículo a pesar de la humildad de mis conocimientos sobre la materia; pero quizás la frase de Rolland explique mi audacia: *"cuando se discute, no existe superior ni inferior; ni títulos, jerarquías, edad, nombre: sólo cuenta la verdad. Ante ella, todo el mundo es igual"*. Y para ella vaya mi humilde tributo.

LA FILOSOFIA DEL DERECHO DE HEGEL Y EL CATOLICISMO

PROF. DR. IGNACIO E. M. ANDEREGGEN

Los *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* de Hegel datan de 1821.¹ Estamos ya ante una obra de plena madurez. Su autor afirma y niega con claridad y vigor. Presenta además el valor de ser una obra publicada por el mismo Hegel, la última, si exceptuamos las reelaboraciones de la *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*.

Nuestro filósofo se ocupa aquí del catolicismo, directa o indirectamente, a propósito de dos problemas distintos entre sí. El primero es el problema moral. El segundo es el de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

I. EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA MORALIDAD Y LAS POSICIONES CATÓLICAS

Como en la filosofía clásica, así en Hegel el problema de la moralidad humana es el problema del bien y del mal.² Si el bien es la voluntad en su verdad concreta, el mal es en cambio la *particularidad de la voluntad... como algo doble... como la contraposición de la naturalidad y la interioridad*.³

Si el bien y mal dependen de la voluntad es porque en ella hay un aspecto formal, es decir abstracto, por el cual ella está frente al bien y al mal como objetos. Es la conciencia subjetiva. Aquí comienza un nivel más profundo de bondad y maldad.⁴ La moralidad es una

¹ Según IL TING datan de 1820; cfr. G.W.F. HEGEL, *Naturrecht und Staatwissenschaft im Grundrisse, Zum Gebrauch für seine Vorlesungen, Grundlinien der Philosophie des Rechts*, von D. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, Ordenti, Professor der Philosophie an der Königl. Universität zu Berlin, Berlin, 1821, In der Nicolaischen Buchhandlung, en: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie, 1818-1831, Edition und Kommentar in sechs Bänden* von Karl-Heinz Ilting, Zweiter Band, Die "Rechtsphilosophie" von 1820, mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974.

² G.W.F. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. esp. Buenos Aires 1987, 129 p.146: "El bien es la idea como unidad del concepto de la voluntad y de la voluntad particular... es la libertad realizada, el último fin absoluto del mundo."

³ *Ibidem*, 131 p.53; cfr. n.6 *infra*.

⁴ *Ibidem*, 131 p.147: "La autoconciencia, que ha llegado en general a esta reflexión absoluta en sí, se sabe en ella como tal, lo que no puede ni debe ser dañado por ninguna determinación existente y dada... Cuando el mundo existente de la libertad le ha devenido infiel, esa voluntad ya no se reconoce en los deberes vigentes y debe tratar de conquistar sólo en la interioridad ideal la armonía perdida en la realidad [Wirklichkeit]."

actitud de la voluntad como subjetiva frente a la realidad. Es por eso que la moralidad y el mal tienen ambos su raíz común en la certeza de sí misma, existente y cognoscente y que decide para sí.⁵

Con sorprendente claridad, Hegel desvela aquí, en la consecuencia estrictamente lógica del pensamiento anterior, un aspecto del núcleo más íntimo de su doctrina: el origen del mal yace en general en el misterio, esto es: en lo especulativo de la libertad, en su necesidad de desprenderse de la naturalidad de la voluntad y ser frente a ella interiormente.⁶

Por esa raíz común del mal y la moralidad puede entenderse que la culminación de ambos (suponiendo la comunidad) sea la hipocresía, es decir la cúspide aún más elevada de la subjetividad, que se afirma como lo absoluto [die noch höhere Spitze des sich das Absolute behauptenden Subjektivität].⁷

Antes que esta forma extrema se halla el acto hecho con mala conciencia:

“En una época fue una importante pregunta saber si una acción era mala sólo en cuanto sucedía con mala conciencia [mit Bösem Gewissen geschehen], es decir, con la conciencia explícita de los momentos señalados.

Pascal (*Les Provinc. 4^e lettre*) extrae muy bien las consecuencias de una respuesta afirmativa a la pregunta: ‘Ils seront tous damnés ces demi-pêcheurs qui ont quelque amour pour la vertu. Mais pour ces francs-pêcheurs, pêcheurs endurcis, pêcheurs sans mélange, pleins et achevés, l’enfer ne les tient pas: ils ont trompé le diable à force de s’y abandonner.’⁸

⁵ *Ibidem*, 139 p.153; cfr. n.6 *infra*.

⁶ *Ibidem*; cfr. G.W.F. HEGEL, ...*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ...en: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 1818-1831, Zweiter Band, ...Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974, § 139 p.492: “Die reine Innerlichkeit des Willens als das Böse” / Das Selbstbewußtseyn „en der Eitelkeit aller sonst geltenden Bestimmungen und in der reinen Innerlichkeit des Willens, ist eben so sehr die Möglichkeit, das an und für sich Allgemeine, als die Willkür „und“ die eigene Besonderheit über das Allgemeine zum Principe zu machen, und sie durch Handeln zu realisiren - böse zu seyn. / «1. Der gemeinsame Ursprung der Moralität und des Bösen» Das Gewissen ist als formelle Subjektivität schlechthin dieb, auf dem Sprunge zu seyn, ins Böse umzuschlagen; an der für sich seyenden, für sich wissenden und beschreibenden Gewisheit seiner selbst haben beyde, die Moralität und das Böse, ihre gemeinschaftliche Wurzel. / «2. Der Ursprung des Bösen im Verhältnis von Natürlichkeit, Reflexion und Allgemeinheit des Willens» / Der Ursprung des Bösen überhaupt, liegt in dem Mysterium, d.i. in dem Spekulativen der Freyheit, ihrer Nothwendigkeit, aus der Natürlichkeit des Willens herauszugehen, und gegen sie innerlich zu seyn. Es ist diese Natürlichkeit des Willens, welche „als der Widerspruch seiner selbst [[.]] und mit sich unverträglich „in jenem Gegensatz zur Existenz kommt, und es ist so diese Besonderheit des Willens selbst, welche sich weiter als das Böse bestimmt. Die Besonderheit ist nämlich nur als das Gedoppelte, hier «als» der Gegensatz der natürlichkeit gegen die Innerlichkeit des Willens...”

⁷ G.W.F. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. esp. Buenos Aires 1987, § 140 p.154-155; ...*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ...en: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 1818-1831, Zweiter Band, ...Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974, § 140 p.496.

⁸ En la nota al pie de página Hegel escribe: “Pascal cita también allí la intercesión de Cristo en la cruz en favor de sus enemigos: Padre, perdónalos, porque no saben lo que hacen; un ruego superfluo si la circunstancia de que no sabían lo que hacían hubiera otorgado a su acción la cualidad de no ser mala, o sea de tornar innecesario el perdón. Recuerda asimismo la opinión de Aristóteles que diferencia si el agente procede de ignorancia o en ignorancia [en griego en el texto], en aquel caso [de ignorancia], actúa involuntariamente y no se le puede imputar la acción (esta falta de conocimiento pertenece a las circunstancias exteriores [äubern Umstände (subrayado en Hegel)]...)” Y más adelante se refiere también a Pascal implícitamente, *Ibidem* p.161, en el pasaje citado en el texto: “No hay, pues, más delitos ni

El derecho subjetivo de la autoconciencia, porque *sabe* [wisse] cómo la acción en la determinación es buena o mala en y para sí, no debe ser pensado entonces en conflicto con este derecho absoluto de la *objetividad* de esta determinación, de modo que ambas se presenten como separables e indiferentemente [zufällig] contingentes el uno frente al otro, relación que en particular subyacía en las antiguas querellas de la gracia eficaz... [welches Verhältnis insbesondere auch bey den vormaligen Fragen über die wirksame Gnade zu Grunde gelegt wurde...]

Pero actuar mal y con mala conciencia no es aún *hipocresía* [die Heuchley]; en ésta interviene la determinación formal de la no verdad, que afirma para *los otros* lo malo como *bueno* y presenta exteriormente en general como algo bueno, escrupuloso, piadoso, etc., lo que de este modo no es más que un hábil *fraude para los demás* [was auf diese Weise nur ein Kunststück des Betrugs für andere ist].

[«c. Der Probabilismus»] El mal puede sin embargo encontrar en otras acciones suyas buenas y en su piedad, en suma en *buenas razones*, una justificación del mal para sí mismo

vicios en y para sí, y en lugar del pecador franco y libre, endurecido e imperturbable se presenta la conciencia de la completa justificación por la intención y la convicción.” Cfr. la cita de B. Pascal al final de *Glauben und Wissen...* en *Jenaer Krütsche Schriften*, editados por H. BUCHNER y O. PÖGGELER en *Gesammelte Werke*, Bd. IV, Hamburg, F. Meiner, 1968, 413-414: “Pero el concepto puro, o la infinitud, como abismo de la nada donde se hunde todo ser, debe designar el dolor infinito —que existía antes históricamente sólo en la cultura y bajo la figura de aquel sentimiento sobre el cual se baja la religión del nuevo tiempo, de que Dios mismo ha muerto (de aquel mismo que había sido expresado por decir así sólo empíricamente en la expresión de Pascal: ‘la naturaleza es tal que indica por todos lados a un Dios perdido, tanto en el hombre como fuera del hombre’)— sólo como momento, y nada más que como momento de la idea suprema;...” BLAISE PASCAL, *Pensées sur la vérité de la religion chrétienne*, ed. de J. CHEVALIER, París 1925, t. I p. 232 (BRUNDSCHVIG n. 441): “Pour moi, j’avoue qu’aussitôt que la religion chrétienne découvre ce principe, que la nature des hommes est corrompue et déche de Dieu, cela ouvre les yeux à voir partout le caractère de cette vérité; car la nature est telle, qu’elle marque partout un Dieu perdu, et dans l’homme et hors de l’homme, et une nature corrompue.” Respecto de otro tema se trata de la misma percepción hegeliana de la profundidad escondida en la pascaliana contemplación del hombre concreto. Cfr., respecto del tema de la gracia que aparecerá enseguida en la *Filosofía del Derecho*, IDEM, *Quatrième lettre écrite à un provincial par un des ses amis, de Paris le 25 Février 1656*, en *Oeuvres*, ed. de L. BRUNDSCHVIG, P. BOUTROUX y F. GAZIER, París, 1927, v. IV, 250: “Nous <les Jesuites> appellons grace actuelle, une inspiration de Dieu par laquelle il nous fait connoître sa volonté, et par laquelle il nous excite à la vouloir accomplir. Et en quoy, luy dis-je, estes-vous en dispute avec les Jansenistes sur ce sujet? C’est, me répondit-il, en ce que nous voulons que Dieu donne des graces actuelles à tous les hommes à chaque tentation, parce que nous soutenons que si l’on n’avoit pas à chaque tentation la grace actuelle pour n’y point pecher, quelque peché que l’on commist, il ne pourroit jamais estre imputé. Et les Jansenistes disent au contraire, que les pechez commis sans grace actuelle ne laissent pas d’estre imputez.”

Dirigiéndose irónicamente al jesuita con el que dialoga, Pascal agrega: “Beny soyez-vous mon Pere, que justifiez ainsi les gens. Les autres apprennent à querir les ames par des austeritez penibles: mais vous monstrez que celles qu’on auroit cru le plus desesperément malades se portent bien. O la bonne voye pour estre heureux en ce monde et en l’autre! J’avois toujours pensé qu’on pechast d’autant plus, qu’on pensoit le moins à Dieu: Mais à ce que je vois quand on a pu gagner une fois sur soy de n’y plus penser du tout, toutes choses deviennent pures pour l’avenir: Point de ces pecheurs à demy, qui ont quelque amour pour la vertu: Ils seront tous damnez ces demy pecheurs. Mais por ces francs pecheurs, pecheurs endurcis, pecheurs sans melange, pleins et achevez, l’Enfer ne les tien pas: Ils ont trompé le Diable à force de s’y abandonner.”

si lo transforma de ese modo en bien para sí [überhaupt in guten Gründen, für sich selbst eine Berechtigung zum Bösen finden, indem er durch sie es für sich zum Guten verkehrt]. Esta posibilidad reside en la subjetividad que sabe que, como negatividad abstracta, toda determinación le está sometida y proviene de ella [Diese Möglichkeit liegt in der Subjectivität, welche als abstracte Negativität aller Bestimmungen sich unterworfen, und aus ihr kommend weiß].

En esta distorsión hay que contar ante todo esa figura que se conoce con el nombre de *probabilismo*. Este erige en principio que está permitida toda acción para la cual la conciencia sabe encontrar una buena razón *cualquiera*, aunque sea sólo la *autoridad* de un teólogo y se sepa que el juicio de otros teólogos está por completo alejado de ella y que la conciencia puede estar segura en este respecto [Zu dieser Verhörung ist C) diejenige Gestalt zunächst zu rechnen, welche als der Probabilismus bekannt ist. Er macht zum Prinzip, daß eine Handlung, für die das Bewußtseyn irgend einen guten Grund aufzutreiben weiß, es sey auch nur die Autorität eines Theologen, und wenn es auch andere Theologen von dessen Urtheil noch so sehr adweichend weiß, — erlaubt ist, und daß das Gewissen darüber sicher seyn kann.]

Aun en esta representación existe esta correcta conciencia de que tal fundamento y la autoridad sólo proporciona probabilidad [probabilität], aunque esto alcance para la seguridad de la conciencia; con ello se concede que una buena razón sólo es de tal modalidad que junto a ella igualmente pueden darse otras razones, por lo menos tan buenas. También hay que reconocer aquí este rastro de objetividad [Spur von Objectivität], es decir, que debe haber un *fundamento* que lo determine. Empero, puesto que se coloca la decisión entre el bien o el mal en muchas *buenas razones*, entre las cuales están comprendidas aquellas autoridades, mas como estas razones son tantas y tan contrapuestas, ocurre a la vez que no es la objetividad de la cosa [Objectivität der Sache] sino la *subjetividad* la que tiene que decidir; el aspecto según el cual el capricho y el arbitrio poseen la decisión sobre el bien y el mal, con lo que también se subvierte la eticidad y la religiosidad. Que la propia subjetividad, sin embargo, sobre la cual recae la decisión, no está establecida explícitamente como principio, sino que más bien, como se ha señalado, una determinada razón aparece como lo decisivo; en esa medida el probabilismo es una figura de la hipocresía [der Probabilismus ist soweit noch eine Gestalt der Heuchelei].

El grado superior siguiente es aquél en el que se considera que la buena voluntad consiste en *querer el bien*, este querer el *bien abstracto* debe ser suficiente, la única exigencia, en efecto, para que una acción sea buena. Dado que la acción como querer *determinado* tiene un contenido, pero el bien abstracto no está en nada determinado, entonces se reserva a la subjetividad particular proporcionarle su determinación y cumplimiento. Así como en el probabilismo, para todo el que no sea un sabio *réverend père*, es la jerarquía de un tal teólogo la que autoriza a subsumir un contenido determinado en la determinación universal del bien [Wie im Probabilismus für den, der nicht selbst ein gelehrter Réverend Père ist, es die Autorität eines solchen Theologen ins, auf welche <hin> die Subsumtion eines bestimmten Inhalts unter die allgemeine Bestimmung des Guten gemacht werden kann]; así aquí todo sujeto es inmediatamente llevado a la dignidad de un poder concederle al bien abstracto el contenido, o lo que es lo mismo, subsumir un contenido en un universal.⁹

⁹ G.W.F. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, trad. esp., Buenos Aires 1987, § 140 p.155-157; ...*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ...en: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 1818-1831, Zweiter band, ...Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974, § 140, p.498,27-508,6.

Ciertamente podría ser útil determinar en primer lugar qué entendía Hegel por *probabilismo*¹⁰ y cuál es la fuente de su conocimiento, lo cual no es para nada fácil. Lo más seguro es que no haya tenido un conocimiento demasiado directo y científico del planteo teórico de los autores católicos, y especialmente de San Alfonso María de Liguorio. Puede decirse sí que por lo que conocía aferró la importancia del problema humano que está detrás de él. Llega a expresar, en otra sede, que las iglesias cristianas se constituyen en el fondo como intentos de solución de la antinomia dialéctica que implica.¹¹

Hegel capta el tema desde el punto de vista de la libertad: El probabilismo para él pone de manifiesto del modo más inmediato la esencia del hombre centrada en ella. Nunca las razones serán determinantes en su modo de entender fuera de su libertad, lo que significa que son siempre extrínsecas.¹² La misma gracia es extrínseca. Si la gracia entrase en la libertad, ésta no sería libertad, pues sería pasiva, como una piedra que es movida por otro.¹³

¹⁰ W. BRUGGER, *Diccionario de Filosofía*, trad. esp., Barcelona 1975, art. *probabilismo*, p.420: "...es lícito acogerse a la opinión que favorece la libertad... según el *equiprobabilismo* si es tan probable o casi tan probable (que la opinión que favorece a la ley)." J. DE FINANCE, *Ethique Générale*, Roma 1967; trad. it. *Etica Generale*, Bari 1987, 374-375: "El probabilismo se asemeja al tuciorismo en el considerar en sí misma, absolutamente la probabilidad en favor de la licitud del acto, pero mientras el tuciorismo rechazaba contentarse de ella, o exigía que fuese casi equivalente a una certeza, el probabilismo la declaraba suficiente para justificar la posición del acto, desde el momento que se trataba de una verdadera y sólida probabilidad. No importa que tal probabilidad sea menor que la contraria. Tal probabilidad puede ser, sea intrínseca, fundada sobre el examen del caso, de los principios en juego, de la situación, etc., sea extrínseca, basada sobre la autoridad de los hombres prudentes, de hecho: de los moralistas. El principio sobre el cual se apoyan las probabilidades se formula en general así: una ley dudosa no obliga, o mejor, una obligación dudosa es una obligación nula. Sistema, éste, que parecé haber sido enseñado expresamente por la primera vez en el siglo XVI por el dominico de Medina, y que tiene hoy numerosísimos sostenedores (Sobre la historia del probabilismo, cfr. T. DEMAN, art. *Probabilisme*, D.Th.C.)."

¹¹ G.W.F. HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la religión* III (manuscrito), p.30 103a-103b n.81-101: "La mística eclesiástica determina con más precisión esta conexión entre Dios y el querer y ser subjetivos y la lleva a la conciencia en la forma determinada que hemos visto —lo especulativo de la naturaleza de la Idea. La opinión moral es la de la voluntad libre en cuanto subjetiva; la que se le opone —aun cuando su contenido sea también la verdad— es lo contrario; su contenido, aun cuando sea también el del espíritu puede ser representado como gracia de Dios, como elección gratuita <hasta el extremo de una pésima contingencia, como en la representación calvinista> y como acción de la gracia (entendida) como algo puramente exterior, de manera que aquí se introduce esta colisión, esta antinomia de la libertad del hombre y de su no libertad, de su abulia y su mala entrega. Las diversas Iglesias y las mismas representaciones eclesiásticas son ensayos de solución de esta antinomia, <de esta oposición en sí entre lo divino y lo finito>; pero sobre todo se ocuparon de esta antinomia los viejos ensayos de comprender su solución en el pensamiento; (la versión luterana es ciertamente más rica espiritualmente pero no es especulativa)."

¹² Cfr. el agregado de las *Lecciones de 1822-23 y 1824/25 al § 140*, en G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie, 1818-1831, Edition und Kommentar in sechs Bänden* von Karl-Heinz Ilting, Zweiter Band, Die "Rechtsphilosophie" von 1820, mit Hegels Vorlesungsnotizen 1821-1825, Frommann-Holzboog, Stuttgart-bad Cannstatt 1974, p.505-507: "für sich selbst —äusserer Grund, —Probabilismus... c.) Heucheley —für sich selbst —(äusserlicher Wille [aus] Grund —Positiv— Probabilismus [das Bos] Dagegen heutigtags Keine Heucheley —weil das an sich Böse als Gut bewubt, zum Guten durch Reflexion Bestimmt wird.../ Socrates und Plato haben solche Idee aufgestellt — worauf denn der Probabilismus u.s.f. das Besondere darunter zu subsumiren [bez] darauf zu beziehen bezweckt hingegen gebildete Sophisterei Alles auf irgend einen Zweck..."

¹³ Cfr. el agregado de las *Lecciones de 1824/25 al § 140*, ibidem, p.501: "Gracia eficaz — Hombre absolutamente pasivo, la gracia no encuentra nada immanente al hombre [Wirksame

La opción entre gracia y libertad se resuelve, en la instancia definitiva, en favor de esta última. Lo contrario sería para Hegel sucumbir al juego exterior de la oposición entre subjetividad y objetividad. Lo importante es justamente no concebir la libertad como un mecánico descarte o posición de opciones.¹⁴

No puede negarse que el análisis de Hegel en el texto arriba citado de la *Filosofía del Derecho* es fenomenológicamente muy profundo. Capta no sólo la condición del hombre concreto sumido en la obscuridad y la incertidumbre acerca de lo que hay que obrar, sino también la muy real pretensión de pasar por bueno ante los demás cuando cada hombre sabe que no es *del todo* bueno no sólo en general, sino también en cada acción particular. El problema principal no consiste aquí en el hecho de que se obre mal singularmente sino en la pretensión *moral*, que incluye esencialmente el aspecto de relación con los demás. Este es el verdadero nivel humano, que llega sólo con la *eticidad* concreta. Al no llegar a ella, *por buenas intenciones*, el probabilismo es un camino de la hipocresía, del llamar bien al mal, del acto hecho con mala conciencia.

Para Hegel, las disputas acerca de la gracia y la libertad habían caído en el mismo error del probabilismo al mantener separadas una frente a otra la subjetividad y la objetividad. Se trataba de representaciones que no se libraban del verdadero mal: la abstracta separación.¹⁵

La visión hegeliana del probabilismo está estrechamente emparentada con sus consideraciones acerca del papel del entendimiento en el iluminismo,¹⁶ lo cual tiene un

Gnade — Mensch absolut passiv, die Gnade findet nichts dem Menschen immanentes vor.]” Cfr. también G.W.F. HEGEL, *Lecciones sobre filosofía de la religión I* (1824), p.234 n.157-158, trad. esp., Buenos Aires, 1987: “Aquello que ha sido denominado la gracia de Dios, la eficacia de la gracia, plantea a la reflexión la dificultad de su relación con la libertad del hombre. Así este aspecto que llamamos el hombre no es ahí apenas una piedra, de modo que entonces la eficacia de la gracia no es meramente una acción mecánica, un ser eficaz sobre un material pasivo —que sería el hombre, al no colaborar con ella.”

¹⁴ Por eso el concepto de *eticidad* está en el centro de la concepción hegeliana del hombre, cfr. *Fundamentos de la filosofía del derecho*, trad. esp., Buenos Aires 1987, § 142, p.167: “La eticidad es la *idea de la libertad* como bien viviente que tiene en la autoconciencia su saber, su querer y a través de su acción su actualidad (*Wirklichkeit*), así como esta acción tiene en el ser ético su fundamento existente en y para sí y su fin moviente, es decir, la eticidad es el *concepto de la libertad que ha devenido mundo existente y naturaleza de la autoconciencia*.”

¹⁵ Esta crítica alcanza no solamente al catolicismo sino también, de otra forma, y tal vez más radical, al protestantismo, cfr. G.W.F. HEGEL, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, trad. esp., Madrid 1974 666-667; *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte*, Frankfurt am Main 1986, 505-506: “...El protestantismo tomó ese giro de mísera cavilación sobre el estado subjetivo del alma y, poseído de la importancia de esta ocupación, tuvo durante mucho tiempo el carácter de un martirio y una desolación, lo cual ha movido a muchos hoy a pasar al catolicismo, para encontrar en el conjunto imponente de la Iglesia una amplia certidumbre formal frente a esta incertidumbre interior. Pero también en la Iglesia católica sobrevino una reflexión culta sobre las acciones. Los jesuitas han meditado con la misma cavilosa [grüblerisch] sobre los primeros comienzos de la voluntad [den ersten Anfängen des Willens] (*velleitas*); pero han poseído la casuística, que les ha permitido encontrar a todo una buena razón, alejar así el mal [sie haben aber die Kasuistik besessen, für alles einen guten Grund zu finden und somit das Böse zu entfernen].” Cfr. también *infra* n.8, la referencia a PASCAL, *Quatrième lettre écrite a un provincial par un des ses amis, de Paris le 25 Février 1656*, en *Oeuvres*, ed. de L. BRUNSCHVIG, P. BOUTROUX y F. GAZIER, París 1927, vol. IV, 250.

¹⁶ G.W.F. HEGEL, *Fenomenología del Espíritu*, México 1981, VI, El Espíritu, 329: “En lo que es para la fe espíritu absoluto, la Ilustración aprehende lo que ha descubierto en ello de

sólido fundamento histórico en la naturaleza misma de los dos fenómenos culturales. El centro de la crítica es la acusación de subjetivismo (abstracto) en ambos. Si el probabilismo es hipócrita es porque cubre la decisión subjetiva con una buena razón en apariencia objetiva (cuando en realidad todas las razones están al mismo nivel y no se puede por tanto salir de ellas sin la elección de la subjetividad). Ya no es posible la eticidad y la verdadera religiosidad que se dan solamente en la unidad absoluta de objetividad y subjetividad.

II. LAS RELACIONES ENTRE LA IGLESIA Y EL ESTADO

En el contexto de su teoría del Estado, Hegel expresa claramente la importancia de su conexión con la religión.¹⁷ En efecto, en la época moderna se ha insistido sobre la idea de que la religión es el fundamento del Estado, como si con esta afirmación se hubiese dicho lo más profundo y se hubiese agotado la esencia del mismo. La consideración de la naturaleza de ambos muestra a las claras que este modo de ver es inconsistente y crea confusión. La religión es a veces un refugio contra la desorganización y opresión del Estado. Además, el Estado es "el espíritu que está en el mundo [der Staat aber der Geist ist, der in der Welt ist < cursiva de Hegel >],"¹⁸ mientras que la religión permanece indiferente frente al curso de la realidad, y así no puede elevar los intereses del Estado a un fin serio y esencial, siendo más bien prescindente y despectiva respecto de él.

Por otra parte no puede hablarse de la religión en general, pues hay religiones que degradan al hombre, y así es necesario un discernimiento, "es necesario, más bien, un poder salvador, que se encargue de los derechos de la razón y de la autoconciencia [vielmehr eine rettende Macht gefordert ist, die sich der Rechte der Vernunft und des Selbstbewusstseins annahme]."¹⁹ Hasta aquí son consideraciones fenomenológicas.

En lo esencial de su concepto es verdad que la religión es fundamento del Estado. Pero sólo fundamento. Pues "el Estado es voluntad divina como espíritu presente que se despliega en una figura real y en la organización de un mundo [Der Staat ist göttlicher Wille, als gegenwärtiger, sich zur wirklichen Gestalt und Organisation einer Welt entfaltender Geist]."²⁰ Tenemos ya dos elementos que interesan para nuestro propósito: una imagen

determinación como madera, piedra, etc., como cosas reales singulares; al concebir de este modo, en general, toda *determinación* (Bestimmtheit), es decir todo contenido y todo cumplimiento de éste, como una finitud, como *esencia y representación humanas*, la esencia absoluta se convierte para ella en *vacuum* al que no es posible atribuir ninguna clase de determinaciones ni de predicados. El atribuírselos sería en sí condenable; precisamente así llegaron a crearse los monstruos de la superstición. La razón, la *pura* intelección no es por sí ciertamente vacía, puesto que lo negativo de ella misma es *para ella* y es su contenido, sino que es rica, pero solamente en singularidad y en limitación; el no permitir que a la esencia absoluta le corresponda ni le sea atribuido nada semejante es en lo que consiste el modo de vida pleno de intelección, que sabe colocar en su lugar a sí misma y a su riqueza de finitud y tratar como se debe a lo absoluto." (Ph G 368,36-369,13)

¹⁷ G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho* § 270 Bs.As. 1987 p.236-246; ...*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ...en: *Vorlesungen über Rechtsphilosophie*, 1818-1831, Zweiter Band, ...Stuttgart-Bad Cannstatt, 1974, § 270 p.708-724.

¹⁸ Ibidem, § 270 ...*Grundlinien*... p.710,5.

¹⁹ G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho* § 270 Bs. As. 1987 p.237; ...*Grundlinien*... § 270 p.710,25-27. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Estética*, vol.7, *La pintura y la música*, trad. esp., Buenos Aires, 1985, 76.

²⁰ Ibidem, *Filosofía del Derecho*... p.238;... *Grundlinien*... 712, 4-6.

concreta de la religión y un concepto del Estado en su relación con ésta. ¿Son ellos fruto de un pensamiento a priori de Hegel, o tienen como fondo una actitud concreta ante las religiones, y si es así, ante el protestantismo o el catolicismo? El análisis de la continuación del texto ayudará a dar alguna respuesta a estas preguntas.

Ciertamente Hegel posee una muy determinada idea de la religión dada.²¹ Según ella encuentra el choque con la seriedad del Estado. Se trata aquí claramente del catolicismo.²² En algunos aspectos la continuación del discurso puede referirse también al protestantismo, aunque cuando se hace más claro e incisivo es también más segura su referencia al catolicismo.

El choque entre la religión y el Estado tiene como consecuencia el refugio de la religión al nivel de la subjetividad arbitraria y contrapuesta a la realidad, subjetividad del sentimiento y la representación frente a lo verdadero que es "el paso enorme de lo interior a lo exterior, de la vanidad de la razón a la realidad en el que ha trabajado toda la historia universal."²³ La religión no realiza ese paso, convirtiéndose en fanatismo²⁴ contra la razón, lo universal y la ley; o a veces también quedando como algo interior que exteriormente se

²¹ *Ibidem* (Filosofía del Derecho...): "La religión es la relación con lo absoluto en la forma del sentimiento, la representación y la fe, y en su centro omnicompreensivo todo existe como algo accidental, también como lo transitorio." Cfr. *Ibidem* p.243: "La religión... tiene como su objeto universal lo verdadero, aunque como un contenido dado."

²² *Ibidem*: "Si respecto del Estado se sostiene esta forma, de modo que ella sea lo esencialmente válido y determinante, el Estado, como organismo que se desarrolla en diferencias existentes, leyes e instituciones, queda librado a la inestabilidad y desorganización. Lo objetivo universal, las leyes, en vez de ser consideradas como algo válido y existente, adquieren la determinación de lo negativo frente a esa forma que oculta todo lo determinado y deviene por eso lo subjetivo, y según la conducta del hombre se desprende lo siguiente: para el justo no existe ninguna ley; sean piadosos y podrán hacer lo que quieran; se podrán entregar a la pasión y a la arbitrariedad, y remitir a los que de esa manera sufren injusticia al consuelo y la esperanza de la religión, o peor todavía rechazarlos y condenarlos por incrédulos. Pero en tanto que este comportamiento negativo no permanece meramente como una disposición interior y una opinión, sino que se dirige hacia la realidad y se hace valer en ella, nace el fanatismo religioso, que como el político, destierra toda institución del Estado y todo ordenamiento legal por ser barreras opresivas inadecuadas para lo interno, para la infinitud del sentimiento, y con ello proscribire la propiedad privada, el matrimonio, las relaciones y el trabajo de la sociedad civil, etc., como cosas indignas de amor y de la libertad del sentimiento." Por todas partes en sus obras Hegel se refiere con expresiones semejantes a estas últimas al catolicismo y especialmente a los votos religiosos.

²³ *Ibidem*.

²⁴ Cfr. G.W.F. HEGEL, *La Constitución de Alemania*, traducción de D. NEGRO PAVON, Madrid 1972, capítulo VI, La religión, 78-80: "Porque la comunidad de religión constituye una comunidad más profunda que las necesidades físicas, que la propiedad y que la industria, más triviales en cambio, la petición de separación <de la religión respecto del estado, en lugar de la separación del estado en sí producida por la separación de la religión> resulta en sí misma más innatural que la exigencia de que permanezca una unidad inmutable; por lo cual, la Iglesia católica se muestra en nuestro país más fanática, dado que su exigencia alcanza a la de la unidad general y a lo más sagrado de esta unión; de modo que, por encima de todo, sólo quiere hablar acerca de la gracia y de la resignación, pero nada en absoluto acerca del derecho, es decir, acerca de la firmeza de la escisión, a favor de la cual presiona el protestantismo. Ambas partes coinciden finalmente en este punto <de intransigencia>, con el fin de excluirse entre sí de la ciudadanía, pero enmarcando y concretando esta exclusión con toda la pedantería del derecho.

En apariencia son iguales los derechos de ciudadanía que se niegan a los protestantes en los países católicos que los que se niegan a los católicos en los países protestantes. El fundamento, no obstante, parece diferente. Los católicos se encuentran en la posición de

somete a las instituciones y el Estado, pero con resignación o con desprecio. Es la religiosidad *débil*, la piedad polémica, que no domina su opinión con el trabajo del estudio ni somete su voluntad a la disciplina para elevarla a la libre obediencia, que es la obediencia ética al Estado (frente a la servil de los votos religiosos), y que en su soberbia juzga las leyes e instituciones del Estado desde su *corazón piadoso*.²⁵

Pero hay también una religión racional que reconoce y confirma al Estado, alcanzando así también su propia realización.²⁶ No es difícil reconocer en esta religión al protestantismo. De aquí parece surgir la imagen hegeliana de las relaciones verdaderas entre la Iglesia y el Estado.²⁷

opresores; los protestantes, en la de oprimidos: en su ámbito, los católicos habían negado a los protestantes, como si fueran delincuentes, el libre ejercicio de su religión; para los protestantes, donde predominaba su iglesia, esa razón desapareció junto con la preocupación de ser oprimidos. El fundamento de la intolerancia protestante sólo puede consistir o bien en el derecho de represalias contra el odio de los católicos —lo que hubiera constituido un motivo excesivamente no cristiano—, o bien en una desconfianza en el vigor y la verdad de la propia fe y, «en consecuencia, en» el temor de ser fácilmente seducidos por el esplendor del culto católico y el entusiasmo de sus secuaces, etc.

Especialmente durante el último siglo, este eterno temor de que la fe protestante pudiera llegar a ser sorprendida y arrumbada, esta fe, celosa en su impotencia, y en el temor ante la astucia del enemigo, fue predominante y «constituyó» la causa de atrincherar la gracia de Dios por medio de innumerables medidas de seguridad y baluartes de derechos. «En semejante contexto» las relaciones de derecho han sido afirmadas con la mayor irritación, cuando han sido propuestas por alguno del partido opuesto, con motivo de una gracia (Gnadensache); y desde luego la gracia subyace, en un sentido, por debajo del derecho, pues el derecho está concretado, de modo que, lo que sea legal, no ha sido puesto por ambas partes caprichosamente; sin embargo, la gracia no constituye para el derecho solamente un capricho. No obstante, debido a esa sujeción al puro, al mero derecho, también se ha oscurecido el sentido más elevado de la gracia de manera que, durante largo tiempo, no se vio que ninguna parte se remontara por encima del derecho y se comportara con indulgencia. Lo que hicieron Federico II y José «II», aquél respecto a los católicos, éste respecto a los protestantes, fue «precisamente» un acto de gracia en contra del derecho establecido en las paces de Praga y Westfalia, al interpretar en el sentido de los derechos naturales fundamentales la libertad de conciencia y la independencia de los derechos civiles respecto a la fe... Este texto data de 1801-1802 (publicado en 1893).

²⁵ G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho* 270 Bs.As. 1987, p.239; cfr. *ibidem* p.246: «el formalismo de la subjetividad incondicionada quiere tomar como fundamento el punto de partida científico y rebelar contra el estado sus propios institutos de enseñanza al otorgarles el privilegio de una Iglesia, contra una Iglesia que pretende, al contrario, una *autoridad* ilimitada e incondicionada [gegen die, eine unbeschränkte und unbedingte *Autorität* ansprechende, Kirche umgekehrt], contra la cual el estado tiene que hacer valer el derecho formal de la autoconciencia a una posición propia, a una convicción y, en general, al pensamiento de lo que debe valer como verdad objetiva.»

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*: «El ejercicio del culto consiste en actos y enseñanzas; para ello necesita posesiones y propiedades, así como el servicio de *individuos* dedicados a la comunidad. Con esto surge una relación entre el estado y la comunidad eclesiástica. La determinación de estas relaciones es simple. La naturaleza de la cosa consiste en que el estado cumpla su deber con la ayuda mediante todos los medios a la comunidad para sus fines religiosos y le proporcione protección, y puesto que la religión es el momento que integra el estado para lo más profundo del sentimiento, puede exigir a todos sus miembros a alguna comunidad religiosa, no importa cuál, por lo demás, pues el estado no puede entrometerse en el contenido, en la medida en que éste se refiere a lo íntimo de la representación.» No puede quedar más aclarada la subordinación instrumental de la religión al estado según Hegel.

En cuanto se sale de lo abstracto, es decir de lo interior y subjetivo, se manifiesta la superioridad *real* del Estado, que queda clara en casos como el de la regulación del matrimonio, en los que sin embargo es útil la acción dispositiva de lo religioso. "En la medida en que una comunidad religiosa de individuos se instaura como comunidad, como corporación, queda bajo la vigilancia policial superior del Estado."²⁸

Es verdad que la doctrina de la Iglesia es algo subjetivo, interior, propio de la conciencia; pero es verdad también que lo mismo sucede con el Estado. El tiene una doctrina, que es la racionalidad real.²⁹ Es así como "el Estado y la Iglesia coinciden pues directamente aquí o se oponen entre sí",³⁰ porque tienen la misma naturaleza, lo interior. Pero ésta es solamente la pretensión de la Iglesia: ser dueña de lo interior. En realidad esto interior, por ser doctrina, es ya *exteriorización*. Y al Estado le corresponde en pleno derecho lo *espiritual*. El no reconocimiento de estas dos condiciones provoca la pretensión de la Iglesia (católica, en primer lugar) de instrumentar el Estado a su servicio. Por otra parte la ciencia, el conocimiento, es también doctrina; le correspondería pues el mismo supuesto derecho que a la Iglesia, y aún más.³¹ La concepción de un Estado puramente *laico*³² se presta a esta distorsión; un Estado que no tiene nada que ver con la religión queda de hecho subordinado a ella.³³

"Que se hayan dado históricamente épocas y situaciones de barbarie en las que todo lo espiritual superior tenía su asiento en la Iglesia, y el Estado no era más que un régimen de violencia, arbitrariedad y pasiones y que esa contraposición abstracta fue el principio fundamental de la realidad pertenece por cierto a la historia. Pero es un procedimiento demasiado ciego y superficial tomar esta situación como la que es en verdad adecuada a la idea. El desarrollo de esta idea ha mostrado, además, que la verdad es que el espíritu como libre y racional, es lo en sí ético, que la idea verdadera es la racionalidad *real*, y que es ésta la que existe como Estado."³⁴

En el parágrafo final de la *Filosofía del Derecho* Hegel vuelve sobre el tema y expresa de modo muy *ilustrado* la dura contraposición entre el pretendido reino de lo espiritual y el de lo real, tal cual se manifestó históricamente. Con estas afirmaciones se refiere en general a la *Edad Media* (católica). Las estudiaremos en detalle al referirnos a las *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia*. Pero no es ésta la época presente. Ahora no hay oposición sino unidad, no barbarie real y verdad abstracta, sino reconciliación objetiva *la cual despliega al Estado como imagen y realidad de la razón en unidad con la naturaleza*.³⁵ El problema está constituido pues por los intentos de restauración de esta etapa superada del desarrollo del espíritu.

Si Estado e Iglesia no se distinguen, entonces, por el hecho mismo de tener un principio interior, deben por fuerza diversificarse por otro factor, que no es sino el de la unidad concreta y real. Y ésta corresponde decididamente al Estado; frente a ella la religión pura es abstracción. Esta es la gran ventaja del protestantismo respecto del catolicismo. Al

²⁸ *Ibidem*, p.241.

²⁹ *Ibidem*, p.241-242.

³⁰ *Ibidem*, p.242

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. *infra* n.34

³³ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho* 270 Bs. As. 1987, p.243.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem* § 360, p.302.

subordinarse al Estado, el protestantismo garantiza su subsistencia no como principio abstractamente contrapuesto a él, sino como su concreción.³⁶ El catolicismo en cambio en su contraposición pura garantiza, puede deducirse, su propia nulidad efectiva.³⁷

Respecto de la pregunta que formulamos más arriba acerca del origen a priori o histórico de la imagen hegeliana de las relaciones entre la Iglesia y Estado, va quedando cada vez más claro que debemos inclinarnos por la segunda opción de la disyunción, *sin excluir la primera*, a la que la segunda determina.

Aquí vale la pena transcribir un pasaje en el que de modo muy clásico queda clara la antipatía de Hegel respecto de la religión católica considerada en su realidad histórica, mientras acaba de alabar disimuladamente al protestantismo por su falta de la (vergonzosa) distinción entre clérigos y laicos.

"Porque el principio de su forma es, como universal, el pensamiento, también ha sucedido que de su parte [del estado] *surgiera la libertad del pensamiento y de la ciencia* (mientras que una Iglesia, por lo demás, quemó en la hoguera a Giordano Bruno y obligó a Galileo a pedir perdón de rodillas por su *Exposición del sistema solar copernicano*). [En nota:] LAPLACE, *Darstellung des Weltsystems*, V, 4. "Al publicar sus descubrimientos (los que le proporcionó el telescopio, los anillos de Venus, etc.) Galileo señaló de manera inmediata que demostraban de modo incontestable el movimiento de la tierra. Sin embargo, la idea de este movimiento fue considerada herética por una asamblea de cardenales, y Galileo, su más célebre defensor, conducido ante el tribunal de la Inquisición y obligado a retractarse para evitar una severa pena de prisión. En el hombre de espíritu la pasión por la verdad es sin duda una de las más fuertes. Galileo, convencido del movimiento de la tierra por sus propias observaciones, pensó durante largo tiempo en una nueva obra, en la que se proponía desarrollar todas sus demostraciones. Empero, para librarse a la vez de la persecución de que hubiera sido víctima, prefirió redactar su informe a la manera de diálogos entre tres personas. Se advierte allí que la ventaja se halla del lado del defensor

³⁶ *Ibidem* 243: "Es la comprensión filosófica la que sabe que la Iglesia y el Estado no se oponen por el contenido de la verdad y la racionalidad, sino por la diferencia de la forma. En consecuencia, cuando la Iglesia pasa a la *enseñanza* (hay y ha habido iglesias que sólo tienen culto, y otras en que éste es el aspecto principal y la enseñanza y el cultivo de la conciencia tareas secundarias) y su doctrina concierne a principios objetivos, el pensamiento de lo ético y lo racional se traslada en esa exterioridad inmediatamente al dominio del Estado. Frente a la fe de la Iglesia y su autoridad sobre lo ético, el derecho, las leyes y las instituciones, frente a su *convicción subjetiva*, el Estado es más bien el que sabe; en su principio el contenido no se mantiene esencialmente en la forma del sentimiento y de la fe, sino que pertenece al pensamiento determinado. Así como el contenido en sí y para sí aparece en la figura de la religión como un contenido determinado, como doctrinas propias de la Iglesia en tanto comunidad religiosa, también estas doctrinas permanecerán fuera del ámbito del Estado (en el protestantismo no hay un clero que sea depositario exclusivo de la doctrina de la Iglesia, porque en él no hay laicos); puesto que los principios éticos y el orden del Estado se acercan al dominio de la religión y no sólo pueden, sino que deben ser puestos en relación con ella, el Estado mismo adquiere, por una parte, una justificación religiosa; por otra parte mantiene el derecho y la forma de la racionalidad autoconsciente y objetiva, el derecho de hacerla valer y mantenerla frente a las afirmaciones que nacen de la figura *subjetiva de la verdad*, cualquiera sea la seguridad y la *autoridad* con que se rodean. Porque el principio de su forma es, como universal el pensamiento..." Cfr. la continuación *infra*, en el texto.

³⁷ Pero en tal caso, ¿no es *especulativamente* más útil al estado el catolicismo? Esta parecía ser la conclusión de Hegel en la época de Jena. El problema es que así debería desaparecer también el Estado y Hegel nunca se resignaría a esta consecuencia.

del sistema copernicano; sin embargo, dado que Galileo no se pronunciaba a favor de ninguno de ellos y otorgaba a las objeciones del partidario de Tolomeo todo el peso que era posible, podía esperar que no se perturbara el goce de la tranquilidad, que su edad y su obra merecían. A la edad de 70 años fue otra vez citado por el tribunal de la Inquisición. Se le encerró en una prisión y se le exigió que se retractara de nuevo, con la amenaza de aplicación de las penas destinadas a los herejes reincidentes. Se le obligó a firmar la siguiente fórmula de abjuración: 'Yo, Galileo, a los setenta años, después de haber acudido personalmente ante el tribunal, de rodillas, y con la mirada dirigida a los santos Evangelios, que toco con mi mano, abjuro, maldigo y reniego con corazón sincero y verdadera fe de la falsa y herética doctrina del movimiento de la tierra.' ¡Qué espectáculo, el de un digno anciano, célebre por su larga vida dedicada sólo a la investigación de la naturaleza, tener que abjurar de rodillas, contra el testimonio de su propia conciencia, de la verdad que había demostrado con evidencia! El juicio de la Inquisición lo condenó a prisión perpetua. Un año más tarde fue puesto en libertad mediante la solicitud del Gran Duque de Florencia. Murió en 1642. Su pérdida fue lamentada por toda Europa, iluminada por sus trabajos e indignada por el juicio seguido contra tan eminente hombre por un odioso tribunal.³⁸

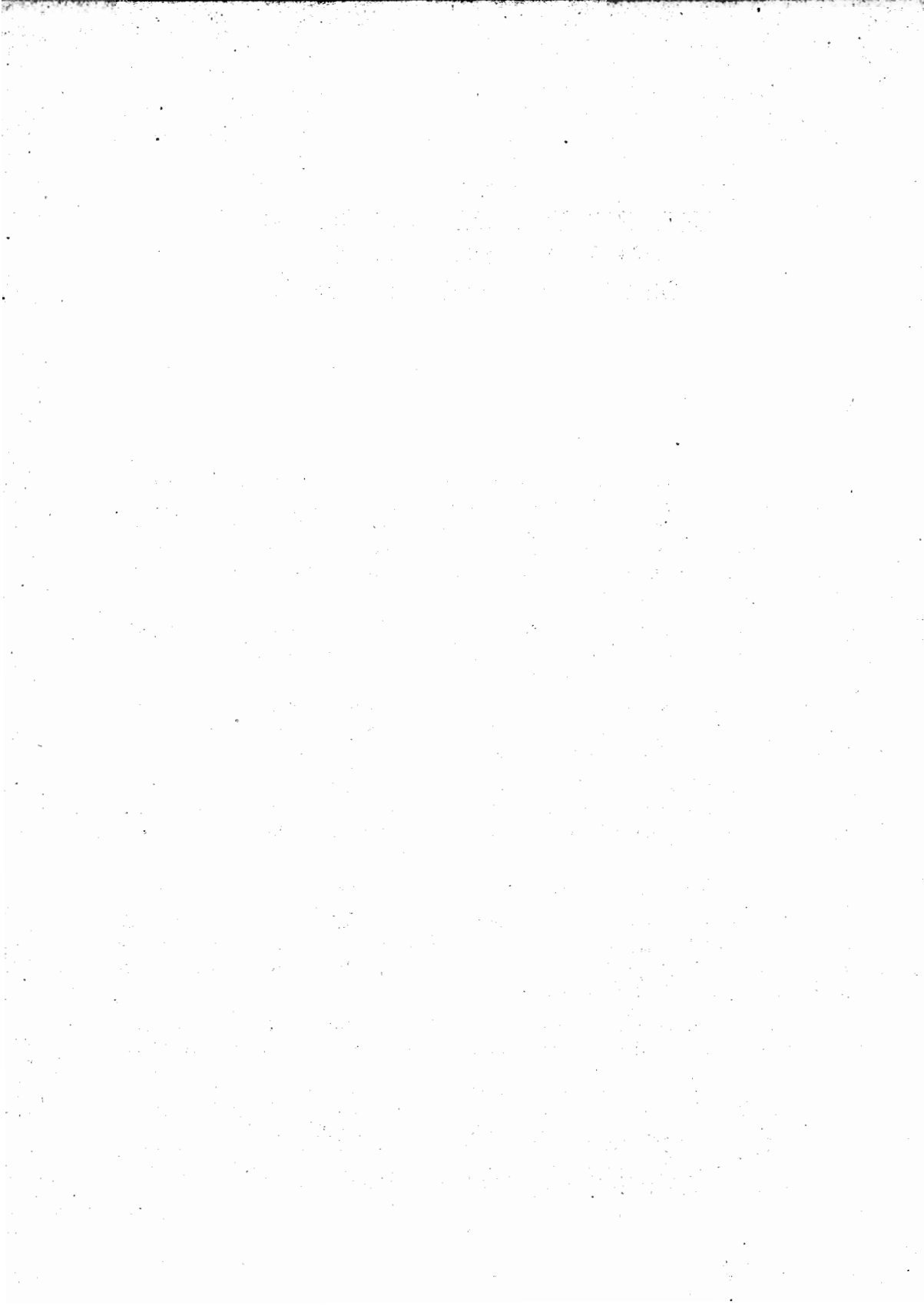
Si bien Hegel pone de manifiesto su posición anticatólica, al menos en lo que se refiere a este aspecto de la relación entre religión y ciencia, no por ello se declara, en este texto (y en los otros) confesionalmente protestante. En cambio queda clara la superioridad, basada sobre su *universalidad*, para él, del Estado, tanto respecto de cualquier religión, como respecto de los principios de la ciencia subjetivamente sostenidos. La cual superioridad quedó más visible a partir de la separación entre Iglesia y Estado propia de la época moderna, que hace existir a ambos en su verdadera realidad (es decir: sujetando el Estado el fanatismo de la Iglesia, que proviene de su anclaje en la representación). La separación le convino a los dos. Más aún, para que el Estado verdaderamente exista como superior y universal, la Iglesia debe estar dividida en sí. Se trata aquí fundamentalmente de la división entre protestantismo y catolicismo, que manifiesta y realiza la verdadera existencia del Estado. Esta posición hegeliana, aquí tan lúcidamente delineada, la vamos a encontrar más adelante con otros matices guiando las especulaciones de las *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*.³⁹

³⁸ G.W.F. HEGEL, *Filosofía del Derecho* § 270 Bs.As. 1987, p.244-245.

³⁹ Cfr. *Ibidem*, p.245-246: "Sin embargo, el Estado debe, por una parte, proteger la verdad objetiva y los principios de la vida ética contra esta opinión de malos principios, en cuanto adquiere una existencia universal que devora la realidad, sobre todo porque el formalismo de la subjetividad incondicionada quiere tomar como fundamento el punto de partida científico y rebelar contra el Estado sus propios institutos de enseñanza al otorgarles el privilegio de una iglesia; contra una iglesia que pretende, al contrario, una autoridad ilimitada e incondicionada, contra la cual el estado tiene que hacer valer el derecho formal de la autoconciencia a una posición propia, a una convicción y, en general, al pensamiento de lo que debe valer como verdad objetiva./Se puede mencionar aún la *unidad del Estado y de la Iglesia*, determinación de la que se ha hablado mucho en la época moderna, y que se ha erigido en ideal supremo. Si la unidad esencial es la verdad de los principios y los sentimientos, es también esencial que junto con esa unidad adquiera una existencia particular la diferencia que ellos tienen en la forma de su conciencia. En el despotismo oriental existe esa unidad deseada con tanta frecuencia de la Iglesia y del Estado, pero a su vez no existe el Estado, no existe su configuración autoconsciente en el derecho, la eticidad libre y el desarrollo orgánico, únicos dignos del espíritu. Para que el Estado como realidad ética del espíritu que se sabe, llegue a la existencia, es necesaria su diferencia de la forma de la autoridad y de la fe; pero esta diferencia sólo ocurre si el dominio religioso llega a una separación en sí mismo. Sólo así, sobre las iglesias particulares, alcanza el Estado la

Sin embargo, en el texto de la *Enciclopedia de la ciencias filosóficas* de 1830, que refleja el pensamiento más maduro del filósofo, encontraremos abandonado el entusiasmo por la separación entre la Iglesia y el Estado, y aunque el fondo de su pensamiento no cambie, la subordinación de la Iglesia al Estado no surgirá establecida tan claramente como aquí, porque reconocerá Hegel la importancia concreta de la religión, según la cual últimamente los individuos obran.

universalidad del pensamiento, el principio de su forma, y la conduce a la existencia; para reconocer esto no sólo se debe saber qué es la universalidad en sí, sino también qué es su existencia. Por tanto, la separación de la Iglesia está lejos de haber sido una desgracia para el Estado, puesto que éste sólo ha podido a través de ella llegar a ser lo que es, la racionalidad y la eticidad conscientes. A la vez es lo más venturoso que pudo acontecerle a la Iglesia para sí misma y al pensamiento para alcanzar su libertad y racionalidad."



EL ARTE POLITICO DE LOS CRISTIANOS PARA LA CONSTRUCCION DE LA CIUDAD DEL HOMBRE

FRANCO BIFFI

En la comprensión y en el ejercicio del “*arte político, tan difícil pero también tan noble*” —como lo califica el Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, 75, evocando un discurso de Pío XI de 1927¹, y anticipando la estimulante fórmula de Pablo VI—², los cristianos en general y los cristianos de Argentina en particular mucho deben a la Doctrina social cristiana, de la cual, desde los tiempos del papa León XIII, han extraído luz para las ideas e impulsos para la acción.

“La *Rerum Novarum* —sostenía Juan Pablo II, el 20 de abril de 1991, ante un grupo internacional de estudiosos de la Ecole Française de Roma— se encuentra en efecto, en el origen del estilo cristiano de hacer política”.

En realidad, en su origen *remoto*. En efecto, nosotros nos remontamos al autorizado maestro que es Pío XII, para retomar esas *cuatro lecciones* de política en clave cristiana que, a medida que pasa el tiempo, se revelan cada vez más fundamentales:

a) La primera proviene del Mensaje radial de Navidad de 1944 y se refiere a la *primacía* y a la *centralidad* de la *persona humana*: “El hombre, en cuanto persona, lejos de ser el objeto o un elemento pasivo de la vida social, es por el contrario, y tal debe permanecer, el *sujeto*, el *fundamento* y el *fin*”.

El hombre es entonces el protagonista de la vida política.

b) La segunda lección proviene también del mismo Mensaje y se refiere a la “*elección preferencial*” de la Iglesia a favor de la “*reforma democrática*” de gobierno como postulado natural impuesto por la misma razón”, como el “sistema político más compatible con la dignidad y la libertad de los ciudadanos”.

c) La tercera lección surge del Mensaje radial de Navidad de 1942, en el cual, entre otros elementos constitutivos del orden interno de las naciones, se presentaba el ordena-

¹ “El sector de la política entra en el ámbito de la más amplia caridad, esa caridad que está por encima de todo.”

² “La política es una manera exigente —aunque no la única— de vivir el compromiso cristiano al servicio de los demás.” O.A. 46.

miento jurídico mejor conocido como *Estado de derecho* (que encuentra su encarnación natural en el Estado constitucional democrático).

d) Finalmente, la cuarta lección proviene del Mensaje radial de Pentecostés de 1941 (50 de la encíclica R.N.), donde por primera vez en el Magisterio social de la Iglesia nos encaminamos hacia la *identificación* entre realización del *bien común* y promoción de los *derechos* de la persona. “*Tutelar el intangible campo de los derechos de la persona humana y facilitar el cumplimiento de sus deberes: ésta es la tarea esencial de todo poder público. ¿No es acaso esta tarea, atinente al genuino significado del bien común, la que el Estado debe desempeñar?*”

La identificación mencionada será profundizada mediante la feliz fórmula que aparece en la encíclica *Pacem in Terris* del sucesor de Pío XII, Juan XXIII, que se consideraba discípulo de semejante maestro, y que dice: “*La implementación del bien común constituye la razón misma de ser de los poderes públicos*”, los cuales deben implementarlo en el reconocimiento y el respeto de sus elementos esenciales y de acuerdo con contenidos postulados por las situaciones históricas.

En la época moderna, la implementación del bien común encuentra su indicación de fondo en los *derechos* y en los *deberes* de la persona. Por ello, los deberes esenciales de los poderes públicos consisten sobre todo en reconocer, respetar, componer, tutelar y promover esos derechos, y a contribuir en consecuencia, a hacer *más fácil* el cumplimiento de los respectivos deberes”.

Pero también Pío XII veía como maestros en ese campo a sus predecesores Pío XI y León XIII. Pío XI, en efecto, no había dudado en levantarse con solemnes y contundentes documentos contra todo tipo de *dictadura*: fascismo, nazismo, bolcheviquismo, radicalismo perseguidor, y había denunciado las pretensiones de la moderna *estadolatría*: había reafirmado el *primado de la persona* (“este estupendo ‘microcosmos’, como decían los antiguos, que vale mucho más que todo el inmenso mundo inanimado”, *Enc. Divini Redemptoris*), colocándola en el *vértice de la sociedad*, “habiendo sido la sociedad construida para el hombre y no a la inversa” (idem).

Para Pío XI, *persona* y *bien común* son términos tan correlados que, si se toca uno, se afecta también al otro, lo cual es como decir que la vida democrática apoya sobre el respeto simultáneo de ambos términos (cfr. *Mit Brennender Sorge*, n. 8).

En el origen de esta concepción personalista de la democracia encontramos la presencia de León XIII con la encíclica R.N. Dada su temática específica —la cuestión obrera— faltan aquí las fórmulas lapidarias de Pío XII, así como las fértiles afirmaciones de Pío XI (nadie puede por otra parte adelantarse a los tiempos), pero aparecen las geniales intuiciones del viejo papa, y de sus “*principios generales*” se desprenden *eficaces estímulos de política en clave democrática*.

Primer principio germinal

En primer lugar, León XIII proclama solemnemente la *dignidad eminente de cada hombre*, aun del más roto proletario ³.

³ R.N. n. 16: “Estos son los deberes de los capitalistas y de los patrones: no mantener esclavizados a los obreros; respetar en ellos la dignidad de la persona humana, ennoblecida

El llamado es efectuado en un contexto socioeconómico, pero remontándose a la prerrogativa radical del hombre en cuanto tal, este llamado adquiere valencia *política*, e ipso facto, se revela así elemento fundante del sistema *democrático*, anticipando la enseñanza de Pío XII, de Navidad de 1944.

Lúcidamente lo subraya Maritain: "Todo hombre es un hombre, es una persona, es decir sujeto espiritual, un universo en sí, tiene los mismos derechos fundamentales del resto de los hombres y en particular tiene el derecho de ser tratado como *prójimo* por parte de todos los otros seres humanos, porque forma parte de la misma familia, no sólo biológica sino *espiritual*, tiene el derecho de ser respetado y amado. Este derecho se encuentra fundado en su naturaleza pero es el Evangelio el que lo ha puesto en evidencia. La expresión *unidad del género humano* es el nombre cristiano, y el nombre más verdadero de la igualdad natural entre los hombres". (*Principes d'une politique humaniste*).

Segundo principio germinal

"Redescubrir" la *sacralidad* de la persona tiene como lógica consecuencia la necesidad de *recomponer el tejido social*, o como ama decir Juan Pablo II, de revalorar "la subjetividad de la sociedad".

por su carácter cristiano. A los ojos de la razón y la fe, el trabajo no degrada al hombre, sino que por el contrario lo ennoblece, al colocarlo en situación de vivir honestamente mediante su quehacer. Lo que en verdad es indigno del hombre es abusar de su semejante como si se tratara de un objeto con finalidad de ganancia, o no estimarlo más allá de lo que valen sus nervios y su fuerza. De la misma manera, se ordena que se debe respetar en los proletarios su derecho a la religión y a los bienes del alma. Es por ende obligación de los patrones: otorgar al obrero comodidad y tiempo suficientes para cumplir con los deberes religiosos; no exponerlo a seducciones que lo corrompan o a peligros de escándalo; no alienarlo del espíritu de familia y del amor al ahorro; no imponerle trabajos desproporcionados a su fuerza o no acordes con su sexo", cfr. R.N. n. 32: "El espíritu lleva esculpido en sí la imagen, la semejanza divina, en él reside esa superioridad en virtud de la cual le fue impuesta al hombre la posibilidad de dominar a las criaturas inferiores y de emplear para su utilidad todas las tierras y los mares. Cubran la tierra y sométanla: dominen los peces del mar y las aves del cielo y todos los animales que se mueven sobre la tierra. En esto, todos los hombres son iguales y no existen diferencias entre ricos y pobres, patrones y siervos, monarcas y súbditos, porque en todos está el Señor. *A nadie le está permitido violar impunemente la dignidad del hombre*, de la cual Dios mismo dispone con gran reverencia, ni interponerse a ese perfeccionamiento que conduce a la conquista de la vida eterna. Ni aun por su propia elección, podría el hombre renunciar a ser tratado de acuerdo a su naturaleza y aceptar la esclavitud del espíritu, porque no se trata de derechos de los cuales exista libertad de ejercicio, sino de deberes hacia Dios que son absolutamente inviolables".

R.N. n. 44: "Se desprende de aquí otra ventaja: la de infundir esperanza y felicidad de arrepentimiento a aquellos obreros que carecen o de fe o de buena conducta de acuerdo a fe. La mayor parte de las veces estos pobrecillos comprenden bien que fueron engañados por falsas esperanzas y vanas ilusiones. Sienten que son *tratados de manera muy inhumana y que casi no son evaluados más de lo que producen trabajando* por sus codiciosos patrones. En la sociedad, donde se encuentran atrapados, más que la caridad y el afecto fraterno, reinan las discordias intestinas, compañeras inseparables de la pobreza orgullosa e ingenua. Quebrados en el cuerpo y en el alma, muchos de ellos quisieran sacudirse de encima el *yugo de tan abyecta servidumbre*: pero no osan por respeto humano o por temor a la miseria. A todos ellos podrían ayudar las asociaciones católicas, si mostrándoles el camino, los invitaran, perplejos, a su seno y, una vez recuperados, les proporcionarían patrocinio y socorro".

a) Claro que el hombre está antes que el Estado, y está encima del Estado (cfr. R.N. 6), pero en la realidad cruda y desnuda, el hombre *es un soberano sin corona* (Balzac). En efecto, el hombre —en la mayoría de los casos— se encuentra *solo, aislado, indefenso*.

b) Hay que recolocarlo por ello en su primer y natural ámbito: la familia. Hay que devolverlo a la *familia* (que por motivos opuestos, tanto el liberalismo como el socialismo han penalizado) *relieve, espacio, peso e iniciativa*, poniendo en evidencia que se trata de derechos que constituyen un aporte a la vida nacional.

c) Hay que distinguir entre *sociedad y Estado*.

El Estado constituye el entramado jurídico-político que la sociedad se da a sí misma según su contexto histórico para mejor alcanzar sus objetivos. Una de las conquistas irreversibles de nuestra época es la *racionalización* del Estado (Luis XIV: *L'Etat c'est moi!*), que se expresa en el *estado de derecho* caracterizado por la separación de los tres poderes, donde la ley es soberana y en cuya base se encuentran los derechos fundamentales de los ciudadanos (cfr. Enc. C.A 44).

La *sociedad* es la convivencia nacional, es la "*familia de familias*", es la *comunidad pre-política*. En el ámbito de fines del siglo pasado, la sociedad es, en la práctica, el *pueblo*.

Como bien había entendido Maritain: "El marxismo hizo lo suya para la toma de conciencia que el pueblo ha hecho de sí mismo, y éste es el hecho capital del Ochocientos. El mundo obrero ha tomado conciencia de sí mismo como clase opuesta al capital, pero también ha tomado conciencia de sí, como detentor de su propia dignidad: la dignidad de persona humana que posee el trabajador como tal" (*Humanisme intégral*, 249).

d) La sociedad, además de *familia de familias*, es una trama viviente de *cuerpos intermedios*, de grupos, de instituciones, de profesiones, de clases, de movimientos, de asociaciones, de entidades de naturaleza diversa. Es en el seno de estas *células vivas* que nace y se desarrolla la vida social.

El irreparable *error de la Revolución Francesa* fue el de haber *eliminado* algunas de tales células, sin comprender que de esta manera quebraba el equilibrio, la vida misma, ordenada y fecunda de la entera sociedad, dando vía libre al individualismo y a la explotación de los débiles por parte de los fuertes. A un error análogo se exponían los *socialistas* adoctrinados por el verbo marxista, que veían en la conflictualidad permanente el resorte de la sociedad y de la historia.

e) Forman parte de la sociedad, adquiriendo una consistencia de tal importancia que para algunos aparece como oprimiente, los inmigrantes que llegan entre vosotros bajo distintas denominaciones: desterrados, refugiados, prófugos, extracomunitarios, perseguidos...

f) Para León XIII no hay dudas: *hace falta* —y es urgente pero también arduo— *reconstruir* (allí donde fueron debilitados) los *grupos naturales*, como los sindicatos obreros, las confederaciones patronales, las mutuales que promueven la solidaridad concreta, las asociaciones católicas que promueven el bien de los trabajadores, tanto en el aspecto material como religioso o moral. De este modo, reencontraremos la *riqueza* y la *variedad* de las relaciones sociales.

Tercer principio germinal

En esta obra de recomposición del tejido social —al que la Iglesia desea contribuir con ese *suplemento de alma* del que hablaba Henri Bergson— el *jefe tejedor* es el Estado, cuya tarea consiste en construir una “*red de servicios*” a favor de *todas las componentes* de la sociedad articulada, comenzando por ponerse al servicio de cada ciudadano. En esto consiste, en efecto, el rol del Estado: en la creación del bien común. En el momento de la publicación de la R.N., la sociedad aparecía, por una parte, *debilitada* a causa de la *desaparición* del Estado de corte liberal en el campo económico social y, por otra, se encontraba amenazada por la *invasión* programada por el Estado socialista totalizante.

En el seno de la sociedad, La R.N. recuerda de manera particular a los cristianos, que como responsable del bien común, el Estado *no puede estar ausente ni ser invasor*.

a) *No puede ser neutral ni estar ausente* de la lucha social que cotidianamente envuelve a la mayoría de los ciudadanos, amenazando con arrollarlos.

En verdad, durante la segunda mitad del siglo XIX, el Estado liberal-burgués tuvo algunas intervenciones, pero fueron esporádicas y aleatorias, generalmente inclinadas a proteger, cuando no a favorecer o al menos defender, a los sectores que detentaban las fuerzas económicas empresariales.

Pero actuando de este modo, el Estado *viola la justicia distributiva*, como sentencia, sin pelos en la lengua, León XIII (R.N. 27).⁴

De aquí en más, es necesario que el Estado actúe concretamente a favor de los trabajadores, los cuales:

⁴ Las posteriores enseñanzas sociales volverán repetidas veces sobre el tema de la intervención estatal. De manera gradual, se irá abriendo camino la idea de un *Estado agente económico*, que por necesidades de bien común deviene propietario, empresario, que planifica y programa globalmente —pero no totalmente— la economía. La *Mater et Magistra*, por ejemplo, en un momento histórico en el que el Estado ha sido llamado a desempeñar en el terreno económico una acción multiforme, más vasta, más orgánica, releyendo el principio de subsidiariedad de la *Quadragesimo Anno*, reconoce explícitamente que el *Estado ha sido llamado a impulsar*, junto a la iniciativa privada de los ciudadanos, individuales o asociados, una *actividad* que sólo él puede efectuar y que encuentra su expresión en la *propiedad pública*. Con todo, aun en este caso, la finalidad última de la intervención estatal, para Juan XXIII, debe ser la de integrar y de reforzar la propiedad privada y social, no la de sustituirlas o debilitarlas. Hoy, mientras se anhela y se lleva a cabo la reforma del estado de bienestar, juzgado excesivamente intervencionista y asistencialista, mientras sopla sobre el mundo occidental un gallardo viento neoliberal y reemerge incluso la vieja teoría acerca de la mano invisible del mercado, mientras ha comenzado a comprenderse que la intervención estatal no produce los efectos esperados, porque ha sido planteada sin preocuparse demasiado por los controles y los criterios; la enseñanza de la R.N. sobre los deberes de intervención del Estado (completada por el sucesivo Magisterio pontificio), nos recuerda el menos que el *mercado* abandonado a sí mismo no produce automáticamente los efectos acumulativos, productivos y redistributivos que interesan a una sociedad política empeñada en promover un desarrollo económico y productivo en función del progreso social. Además, la R.N. sostiene que *la intervención estatal no tiene como fin* favorecer a los más fuertes sino más bien *acrecentar la libertad y la estabilidad de todos* y especialmente de los *más débiles*. Esto, en la convicción de que una *sabía política social* —León XIII es uno de los primeros en decirlo— que favorezca a los obreros, o sea a los más humildes y a los más pobres, termina favoreciendo a *todos* los miembros de la sociedad.

En verdad, *justitia elevat gentes* es una certeza bíblica que ha constituido el soporte de la acción transformadora, auténticamente revolucionaria de innumerables pioneros del desarrollo material y espiritual de América Latina, incluyendo a Argentina.

— constituyen la *mayoría* de los ciudadanos, es decir, la mayoría de los miembros de la sociedad;

— son los que *más necesitan* de su protección y promoción, por cuanto son los más débiles.

— En concreto, el Estado debe *renovar y ampliar sus análisis legislativos*.

La R.N. propone al Estado un pequeño —pero audaz, para la época— *código social*, con algunas leyes *específicas* en defensa del derecho de propiedad; para prevenir las huelgas; para reintroducir el descanso semanal y posiblemente los feriados; fijar normas a favor de los niños, los jóvenes, las mujeres y los adscriptos a tareas pesadas y de riesgo; para garantizar un salario mínimo justo; para favorecer el ahorro; la difusión de la propiedad también entre los trabajadores; para imponer una política fiscal más ecuaníme; para regular el flujo migratorio; para reconocer y tutelar *el derecho de asociación a fin de defender los propios derechos*.

b) El Estado no debe *invadir* la sociedad ni *interferir* en las actividades de sus varias componentes, ni *suplantar* (ni mucho menos suprimir) la iniciativa socio-económica de los individuos, las familias, los grupos profesionales, verdaderos y responsables protagonistas, cada uno en su esfera respectiva.

Pero lo que se rechaza aquí no es sólo el esquema socialista del Estado concentrador y nivelador. Lo que interesa es resaltar el *criterio positivo* de la intervención estatal, la regla de oro de la *subsidiaridad*, principio éste que recibirá una tematización formal en la *Quadragesimo Anno*, de Pío XI.

El *cuarto principio germinal* de la R.N., completada por los sucesivos documentos del Magisterio, reside en el *redescubrimiento* de cuatro grandes principios sociales que constituyen una *cuádruple provocación* para los cristianos que actúan en los distintos sectores del estado.

a) La primera provocación apunta a liberar al *derecho de iniciativa económica* de la mortificante sofocación que sufre, ya que este derecho constituye una de las 48 caras de ese diamante que es la libertad ⁵.

b) La segunda provocación está dirigida a replantear las relaciones *con y entre* las instituciones, siguiendo el criterio de la plena *subsidiaridad* (reconocimiento de los roles de los sujetos), no sólo negativa (desde arriba), sino sobre todo positiva (desde abajo).

⁵ Juan Pablo II así se expresa en la encíclica *Sollicitudo Rei Socialis*: “Se trata de un derecho importante no sólo para el individuo sino también para el bien común. La experiencia nos demuestra que la negación de este derecho, o su limitación en nombre de una pretendida *igualdad* de todos en la sociedad reduce o incluso destruye de hecho el espíritu de iniciativa, es decir, la subjetividad creadora del ciudadano. Surge así, no tanto una verdadera igualdad, cuanto una *nivelación hacia abajo*. En lugar de la iniciativa creadora, nacen la pasividad, la dependencia y la sumisión al aparato burocrático, que como único órgano *de mando o decisonal* —cuando no incluso *poseedor* de la totalidad de bienes y medios de producción—, coloca a todos en una posición de dependencia casi absoluta, que es similar a la tradicional dependencia del obrero-proletario del capitalismo. Esto provoca un sentimiento de frustración o desesperación y predispone al abandono de todo compromiso nacional, empujando a muchos hacia la emigración, o favoreciendo también una forma de emigración psicológica”.

c) La tercera provocación está dirigida a programar el *desarrollo económico* en vista a un *progreso social*, de acuerdo con el criterio de la verdadera *solidaridad* (desplazamiento de las cargas y de los favores).

d) La cuarta provocación apunta a promover la *participación* en la gradual construcción del bien auténticamente *común*, donde todos son *protagonistas*, donde todos son *responsables*, donde todos son *usuarios*.

El *quinto principio germinal* consiste en considerar indispensable la *componente espiritual y religiosa* a los fines de solucionar la cuestión social, o como dice la C.A.: "a los fines de construir una sociedad guiada y regida por la justicia, o al menos, para poner vallas y límites a la injusticia" (n. 3)

Más allá y por encima de la filantropía, del mutualismo, de la beneficencia, de la asistencia pública, los cristianos deben redescubrir *tres virtudes sociales* por excelencia: la *justicia*, la *amistad* y la *fraternidad*, poniendo en práctica las exigencias de las mismas.

De manera germinal, pero decidida, con la R.N. se inicia entonces la marcha que, desde la democracia meramente *política* (que ha caracterizado al siglo XIX), conducirá a la sociedad del siglo XX hacia la *democracia social y económica* y, por fin, hacia la *democracia participativa*.

"Sería grave —decía el intendente de Florencia, Giorgio La Pira— si la gente, al dirigirse a las instituciones, advirtiera una suerte de ajenidad, es decir, no las sintiera como propias, o las descubriera como instrumentos, no de libertad, sino por el contrario, de opresión. Los cristianos tienen fe en una democracia que no sea solamente la reunión selecta, donde los poderosos desarrollan su facultad, sino también la casa común donde ellos, creciendo y consolidándose, sepan y quieran plantear las premisas para el crecimiento de los más débiles".

La pregunta actual no es acerca de si hay demasiado Estado o demasiado poco Estado, la *verdadera* pregunta es: en qué *situación* nos encontramos nosotros los cristianos de Argentina en la tarea de *poner el Estado* al servicio de:

- la *persona* de cada ciudadano, considerado en la poliedricidad de sus dimensiones, sin excluir lo espiritual;

- la *familia*;

- la *escuela*;

- el *trabajo*, las *profesiones*;

- las *fuerzas organizadas* en la legítima tutela de los respectivos derechos y para la promoción de los propios intereses;

- los *millares de seres humanos*, los desocupados, los jubilados, los ancianos, los enfermos, los discapacitados, los ex-detenido, los pobres y los más miserables entre los pobres, que ya no tienen siquiera una patria, a los cuales nos referíamos hace poco, y que tienen la esperanza de recomenzar una vida mejor.

O quizá la verdadera pregunta debería ser: *En qué momento de la construcción de la ciudad del hombre* nos encontramos, en esta última década del siglo.

Aunque en este gran y noble país, hay que decirlo, hemos visto al Estado realizar ingentes aunque discontinuos esfuerzos en esta dirección, con la notable contribución que han prestado los cristianos comprometidos en la política.

Quizá la pregunta pueda *contestarse* en dos etapas: primero, haciendo cada uno un examen de conciencia, teniendo siempre presente la noción de *bien común solidario*, como nos propone la doctrina social de la Iglesia. Luego, tratando de individualizar algunas "provocaciones" que surgen como consecuencia de la siempre más amplia y universal dimensión del *bien común abierto*.

Se trata de *cuatro* grandes círculos que se van extendiendo poco a poco.

a) El *primer círculo* o provocación, al que a mi parecer los cristianos de Argentina van a tener que dedicar mayor atención, es el de la *acción de reequilibrio y de refuerzo* en el seno de la Nación, donde aún existen grandes *desigualdades* en el tenor de vida de los ciudadanos, debidas al hecho de que algunos viven y operan en *zonas* económicamente más desarrolladas, mientras los otros lo hacen en zonas menos favorecidas. Pienso sea conveniente detenernos un instante a meditar esta lúcida y exigente página del papa Juan XXIII: "Justicia y equidad exigen que los poderes públicos sean utilizados a fin de eliminar o reducir esas desigualdades. Con esta finalidad, debe procurarse que en las zonas menos desarrolladas puedan asegurarse los servicios públicos esenciales, y que esto se haga en la forma y en los grados sugeridos o reclamados por la gente, y que como norma sean concordantes con el tenor de vida promedio vigente en la comunidad nacional. Pero además es necesario que se desarrolle una adecuada política económico-social referida sobre todo: a la oferta de trabajo y a los desplazamientos de poblaciones, a los salarios, las imposiciones tributarias, el crédito, las inversiones, sobre todo en industrias propulsoras, que se realicen políticas idóneas a promover el empleo rentable de las fuerzas de trabajo y se estimule la iniciativa empresarial, aprovechando los recursos del lugar.

Lo importante es que el accionar de los poderes públicos encuentre siempre su justificación en motivaciones de bien común. Para ello, deberá desempeñarse, en el plano nacional, con criterios humanos, con el objetivo constante de contribuir al desarrollo gradual, simultáneo y proporcionado de los tres sectores productivos: el agrícola, el industrial y el de los servicios; sobre esto, con la preocupación permanente de que los ciudadanos de las zonas menos desarrolladas se sientan y sean lo más posible protagonistas y responsables de su evolución económica". (Enc. *Mater et Magistra*).

b) El segundo círculo de bien común abierto es aquél que sitúa a la Argentina en el *interior de los Continentes Americanos*. Con un ojo mirando al pasado y otro al futuro. Para un extraño como yo, siempre parece posible leer vuestro presente como una tensión *entre el dar y el recibir*. En la columna del dar pondría las siguientes indicaciones *ejemplares*:

1. La pacífica *asimilación de las distintas etnias*, que ha favorecido el florecer de una *cultura nacional autónoma*, que se expresa, por ejemplo a través de una literatura creativa, universalmente admirada;

2. El equilibrado y simultáneo *desarrollo de los tres sectores* productivos que a comienzos de siglo habían hecho de la Argentina una de las cinco grandes potencias económicas;

3. Una experiencia de *vida democrática* (más allá de algunas etapas involutivas) casi única en el Continente Latino, no demasiado disímil de la que caracterizó a América del Norte, experiencia que, en campos distintos, fue encarnada por dos leaders como San Martín y Sarmiento;

4. Un enraizamiento de los *valores cristianos* aportados por la Iglesia, pero también vehiculados, con distintas hibridaciones, por sucesivas olas migratorias, cuya *versión liberal* del mensaje evangélico entra en gran medida en el alma argentina.

Entre todos los frutos del enraizamiento de la cultura cristiana, me gustaría subrayar tres:

- el lugar de privilegio asignado a la mujer,
- la preeminencia del *trabajo*,
- la experiencia pionera en América Latina de un *sindicalismo* claramente ligado con los principios evangélicos.

En la columna del *recibir*, (siempre como extraño que soy) colocaría: valores, peligros y riesgos, aspiraciones y necesidades.

1. Entre los *valores*, la llegada de *capitales*, especialmente de U.S.A., la importación de *tecnología* sofisticada y el modelo de descentralización administrativa y política del que una nación excesivamente concentrada en la capital tiene urgente necesidad.

2. Entre los *riesgos*, colocaría al *American way of life*, factor de des-identificación y responsable de la tentación de sentirse *aislado*, lejos del centro del mundo, que es inherente a un país que, en efecto, no está lejos del Polo Sur.

3. Entre las *necesidades*, creo que emerge una triple fidelidad:

— Fidelidad a la *raíz europea*. En el seno del Consejo de Europa existen comisiones de estudio y de trabajo que parten de una *geografía* ejemplar, donde América es vista en muchos aspectos como una dilatación de Europa (y espero que no se me entienda mal). En esta fidelidad a Europa quisiera evidenciar el hecho de que, junto a Chile y Uruguay, Argentina es sin duda un país donde los europeos fueron más *colonizadores* que *colonialistas*.

— Fidelidad al *destino americano* (casi querría decir *al sueño americano*), en el sentido de una más solidaria integración con todos los países del Norte, Centro y Sudamérica y con un incremento de la cooperación en los múltiples sectores de la vida nacional (empezando por la vida universitaria, sector en el cual quien les habla está particularmente interesado).

— Fidelidad, finalmente, a esa *matriz católica*, que es un dato de hecho, un orgullo, una ventaja y un compromiso.

c) Antes de pasar a la provocación del tercer círculo del bien común abierto, recojamos una premisa iluminadora de la encíclica *Pacem in Terris*: “Por el hecho de ser ciudadanos de una determinada comunidad política, no dejamos de pertenecer por ello a la familia *humana*; en calidad de miembros; es decir que pertenecemos, en calidad de ciudadanos, a la *Comunidad mundial*”.

Todos nosotros somos, ante todo, *primero* ciudadanos del mundo y sólo *después* argentinos, suizos, italianos, chinos, etc.

La misma encíclica de Juan XXIII precisa más adelante: “Siempre debemos considerar que la *razón de ser* de los *Poderes públicos* no es la de *cerrar* y *comprimir* a los seres humanos en el ámbito de las respectivas Comunidades políticas, sino la de actuar el bien común de las mismas Comunidades políticas: bien común que debe ser concebido y estimulado como una *componente* del bien común de toda la familia humana.

Esto implica no sólo que cada Comunidad política persiga sus propios intereses sin perjudicar a las demás, sino que también pongan su accionar en común, cuando esto sea indispensable para la obtención de objetivos que de otro modo no podrían alcanzarse. En este caso, hay que tener mucho cuidado para evitar que lo que resulta útil para un grupo de Comunidades políticas no resulte perjudicial para otro, sino que, por el contrario, ejerza sobre éste reflejos positivos”.

Las exigentes palabras de Juan XXI nos llevan al tercer círculo del bien común abierto:

— *la comunidad mundial* que tan fatigosamente —diría incluso peligrosamente, baste pensar en la guerra del Golfo o, si me permiten, en la guerra de las Malvinas— apunta a formas de mayor integración y a la creación de una autoridad política cuya jurisdicción se extiende a la entera familia humana.

Los católicos no pueden dejar de tomar en serio las expectativas de miles de millones de hombres y mujeres y seguir las indicaciones del Magisterio de la Iglesia, al menos en lo referente a las siguientes *cuatro* trayectorias:

— legítima exigencia de soberanía nacional y *debida limitación del absolutismo de esta soberanía* (cfr. Enc. *Summi Pontificatus* de Pío XII);

— desarrollo nacional y exigencias de la *destinación universal de los bienes* (superfluo, pobreza, solidaridad);

— derecho/deber de *autodesarrollo* e hipoteca de la *deuda* externa internacional;

— dilema *guerra - paz*.

d) Finalmente, el cuarto círculo —que nos reconduce al problema de las exiguas fronteras— se refiere a la dimensión perturbadora del *problema ecológico*. No se trata sólo de la defensa de *nuestro ambiente*, sino de encarar una participación solidaria para la salvaguarda de los bienes esenciales para la sobrevivencia del género humano: aire, agua, plantas, ríos, lagos, mares, glaciares, peces, pájaros, varias especies animales, materias primas, recursos escasos. Debemos recordar que a los ojos del Magisterio social de la Iglesia y la tutela eficaz de estos bienes universales exige la creación de un gobierno mundial, elegido con criterio democrático y dotado de auténticos poderes decisoriales.

¿Carecen los cristianos de un sentido del Estado?

En el siglo pasado, los católicos suizos fueron muchas veces acusados de *no poseer sentido del Estado* y con este pretexto se les negaba el derecho a ocupar un lugar en el gobierno federal y en no pocos gobiernos cantonales. Yo no sabría si una acusación de este tipo haya sido formulada en el pasado o en el presente contra ustedes, los católicos argentinos. Pero si así fuera, quisiera sugerir las palabras que, en el año 1987, en el día de San Ambrosio, opuso a esa objeción el arzobispo de Milán, Card. C. M. Martini, que antes de ser obispo había sido magistrado y gobernador: “Ciertamente el cristiano no posee el sentido de ese Estado que se propone como realidad suprema, limitando incluso con la trascendencia, asumiéndose como juez último de todas las cosas. Ni posee el sentido de un Estado que se coloque frente a otros Estados nacionales como un poder absoluto, sin prestar atención a la universalidad de la convivencia humana. No tiene tampoco el sentido de un Estado que no respete el antiguo principio de la subsidiaridad. *El cristiano posee en cambio muy arraigado el sentido de un Estado* que tenga como meta de su dinámica el *principio del bien común*, que sienta como irrenunciable el *respeto por toda persona*, que reconozca las realidades sociales *en todos los niveles*, que se abra a la *colaboración internacional*”.

SERVIO TULIO, REY CENSOR

PROF. ALFREDO GRIECO Y BAVIO

Los antiguos ignoraban cuándo, dónde y cómo nació Servio Tulio. Arriesgaban versiones: "Se dice..."; "Se pretende..."; "Se oye...". Sin menoscabar su grandísimo interés, no entraremos aquí al detalle de tales conjeturas.

Sólo recordaremos que Dionisio de Halicarnaso tipificaba a Servio Tulio como *un extranjero y un apátrida*. Y hay motivos para suponer que lo fue tanto en Vulci como en Roma, ciudades donde, respectivamente, comenzó y culminó su carrera.

La tradición es conteste, en cambio, en la caracterización del personaje. Presenta a Servio Tulio como hombre de conducta y cualidades de excepción; que ganó, por sus virtudes, la confianza del rey Tarquinio, quien lo aceptó complacido como yerno; que, muerto aquél, logró acceder al trono gracias a un ardid de Tanaquil, su suegra, viuda del rey difunto.

La versión tradicional, al presentar a Servio Tulio como varón de mérito ejemplar y unido en matrimonio a la hija del rey, legítima, implícitamente, su acceso a la dignidad regia; y difuma, además, la llamativa circunstancia de que se intercale entre dos Tarquinius, de los cuales el segundo es hijo o nieto del primero.

La tradición es igualmente unánime en atribuir al *rex* una serie de innovaciones que gravitaron provechosamente durante los primeros siglos de la *res publica*. Estas innovaciones —cuyo conjunto institucional se conoce como *Constitución serviana*— determinaron una reforma profunda de la estructura militar, política y social de la *civitas*, diferenciándola con total nitidez de las organizaciones gentilicias preexistentes.

Más allá de este núcleo oficializado de la tradición, hay escritores antiguos que aseveran que Servio Tulio estableció los dos momentos típicos del procedimiento ordinario judicial romano, con la distinción entre la etapa *in iure* y la etapa *in iudicio*; que introdujo en Roma la moneda de bronce, y hasta la de plata; que sus reformas alcanzaron, además, al mismo culto oficial romano.

Pero, incluso circunscribiéndonos a los límites de la versión tradicional unánime, la obra del *rey estadista* no tiene parangón en la realeza romana: introducción del censo, reforma del ejército, institución de un nuevo comicio, encuadramiento de la población en tribus territoriales, protección de la urbe por la erección de una muralla que resguardaba su frente terrestre.

Desde un primer punto de vista, las innovaciones del *rex* importaban el fortalecimiento del poder militar romano. La adopción de la infantería de hoplitas, como columna vertebral del ejército, levantaba la legión romana al nivel de combate de las formaciones de etruscos y de helenos, y la construcción del recinto amurallado, del famoso *muro serviano*, convertía a Roma en una fortaleza, como lo eran entonces otras ciudades griegas, latinas y tirrenas.

Desde un segundo punto de vista, el censo había registrado a la ciudadanía romana atendiendo al principio del domicilio, que resultaba de su encuadramiento en tribus territoriales (cuatro urbanas y, tal vez, dieciséis rústicas), y la había clasificado jerárquicamente, además, en atención a su fortuna, distribuyéndola —para fines militares— en cinco clases (cuerpos de ejército), precedidas por la caballería, integrada por los ciudadanos más ricos, y apoyadas por cuerpos complementarios (técnicos, músicos, operarios en general), integrados por aquéllos cuyo haber era inferior al de la quinta clase.

En esta última perspectiva, la llamada *Constitución serviana* implicaba una verdadera revolución del orden político social romano, por cuanto el anterior reclutamiento por curias, agrupadas en las tres tribus étnicas, es reemplazado por el reclutamiento por *pagis* y por *vici*, situados en las veinte tribus territoriales; y por cuanto el antiguo ejército, de los patricios y sus clientes, es sustituido por un ejército de hacendados, con prescindencia de su calidad de patricios, clientes o plebeyos.

La sociedad romana, hasta entonces distribuida verticalmente en dos grandes sectores, de un lado el *populus* (patricios y clientes) y del otro la *plebs* (multitud remanente), es objeto de una redistribución horizontal en dos planos, ocupados respectivamente por los propietarios, arriba, y por los proletarios, abajo. El orden jerárquico serviano refleja la eterna distinción entre los ricos y los pobres; los propietarios (los *adsidui*, los *locupletes*) jugarán los primeros roles. La plutocracia, con primacía terrateniente por ahora, se instala en Roma.

El régimen vigente hasta el siglo VI a.C. —determinado por la vieja religiosidad romana, o por la composición étnica del patriciado o por su supremacía militar o económica— era básicamente estático y, aunque no lo hubiera sido en los primeros tiempos de Roma —como se sostiene actualmente—, no cabe duda que había llegado a serlo, y que el patriciado tendía al ejercicio exclusivo del poder. Frente a esa realidad institucionalizada, la plebe carecía de horizontes: los plebeyos rehusaban incorporarse a las *gentes* patricias en calidad de clientes, y no constituía aliciente el hecho de que algunas familias plebeyas, especialmente dotadas, hubieran sido admitidas, de tanto en tanto, entre los linajes de abolengo genuino.

El nuevo régimen, a diferencia del anterior, está abierto a los cambios. La riqueza, incluso la rural, pasa de mano en mano. Verdad es que el escalón que separa a los pobres de los ricos es muy alto, pero no tanto como para impedir el ascenso. El trabajo perseverante, en unos casos, o un golpe de azar, en otros, transmutan al proletario en propietario. Y una vez alcanzada esta meta, el recién llegado no encuentra en su carrera obstáculos insalvables.

Pero, si la *Constitución serviana* sustrajo a la *civitas* del exclusivismo de los grupos gentilicios y admitió la participación plebeya en la vida pública, operó también como un dique frente a las apetencias, generalmente inorgánicas, de las masas plebeyas. Tito Livio

refiere —y aprueba implícitamente— el sistema de voto calificado prescripto para el ejército, cuando se lo convocaba como comicio. Señala, en efecto, que fue establecido un sistema de gradación en la manera de votar, de tal suerte que nadie pareció excluido del derecho de sufragio aunque, en realidad, toda la potestad electoral fue concentrada en manos de los primeros de la ciudad (I, 43). En otras palabras: Servio Tulio abrió las puertas del salón para todos, pero sólo admitió que los menos se sentaran a las mesas de juego. La entrada al casino era, pues, gratis, pero las fichas de juego, en cambio, eran muy caras.

Este cuadro del gobierno de Servio Tulio, trazado en lo principal por Tito Livio y Dionisio de Halicarnaso, fue objeto —como todo lo referente a los primeros tiempos de Roma— de la *gran desconfianza* que generó en el siglo pasado la hipercrítica, persuadida de la existencia por doquier de falsificaciones históricas; y, después, en este siglo, de la nueva prueba a que lo sometió la propuesta de una cronología corta, que obligaba a comprimir o suprimir procesos que sólo encontraban espacio adecuado en lapsos más largos.

Pese a todo, el progreso sostenido de los estudios ha descartado muchas objeciones, incluso algunas que parecían incommovibles. Así, las conclusiones del sueco Gösta Säfhlund (*La Mura di Roma repubblicana*. Acta Inst. Regni Suec., Lund, 1932) en el sentido que la construcción del *muro serviano* se llevó a cabo después del descubrimiento de otros lienzos de muralla que se remontan inequívocamente a la época etrusca.

Verdad es que subsisten puntos oscuros y otros de disenso, pero, en lo fundamental, el núcleo de la versión tradicional vuelve a gozar de una extendida confianza. Sin embargo, el cuadro clásico ha sufrido una objeción parcial en lo referente al acceso al trono de Servio Tulio, y un cuestionamiento agudo respecto de los parámetros que orientaron la actividad censoria del *rex*. A ellos nos referiremos en forma sucesiva.

EL REX

Hemos señalado ya que la historia oficial presenta a Servio Tulio como varón sintacha, yerno de Tarquinio, que a su muerte le sucedió en el trono gracias a la astucia y decisión de Tanaquil, la reina viuda. Que los procedimientos impuestos por aquélla burlaban los precedentes de la sucesión regia es tema sobre el cual no cabe duda alguna. Así resulta de la descripción de los hechos que efectúa Tito Livio, quien, a mayor abundamiento, destaca que Servio Tulio fue el primero a quien bastó la conformidad del Senado, por cuanto no contó con la aprobación del pueblo.

Los romanos tenían también otras noticias según las cuales Servio Tulio no habría vivido su niñez y sus años mozos cerca del rey Tarquinio, ni acreditado exclusivamente sus méritos al servicio de éste. En esta otra versión, Servio Tulio habría conquistado su fama militar entre los etruscos, siendo protagonista de hechos resonantes. El emperador Claudio —en ejercicio de la censura y con motivo de la confección de la *lectio senatus* (48 d.C.)— aludió al tema en el discurso pronunciado a favor de la admisión de los notables galos en el Senado de Roma. El detalle no figura en Tácito, pues éste sólo nos brinda, en su propio estilo, un resumen (doscientas cincuenta y cuatro palabras) del discurso de Claudio (Anales:

XI, 24), sino en una inscripción en dos placas de bronce que contienen la mayor parte (seiscientos sesenta y dos palabras) del célebre discurso (CIL, XIII, 1668), descubiertas en Lyon, Francia, en la primera mitad del siglo XVI. El emperador hablaba así:

Si seguimos a los toscanos, Servio Tulio, que fue camarada muy fiel de Vibenna y compañero de toda su aventura, después que hubo abandonado Etruria con los restos del ejército de Caelo a raíz de la adversidad de su fortuna, ocupó el monte Celio y lo llamó así por el nombre de su jefe. Y habiendo cambiado su nombre, ya que en etrusco el nombre era Mastarna, llamado así, como dije, reinó con suma utilidad para la res publica.

Hay también un pasaje de Festo (31/44), desgraciadamente muy deteriorado, donde aparecen los hermanos Vibenna relacionados con el *vicus Tuscus* de Roma, y se mencionan a Tarquinio y a Mastarna.

Sin embargo, los datos que suministran el emperador Claudio y el gramático Festo no descalifican totalmente la tradición en el punto y sólo demostrarían, en principio, que Servio Tulio habría sabido servir a dos señores: a Celio Vibenna, su jefe y camarada, primero, y a Tarquinio Prisco, su rey y suegro, después.

Los replanteos modernos respecto de las relaciones de Servio Tulio con Tarquinio y del ulterior acceso de aquél al trono de Roma suponen, en cambio, una enmienda a la *vulgata histórica*, enmienda parcial pero significativa.

Tales replanteos se sustentan sobre dos bases ciertas, a saber:

- 1) El tríptico pintado en la pared derecha de la tumba François.
- 2) La hegemonía de la ciudad de Vulci en el siglo VI a.C.

La tumba François. En 1857 el arqueólogo francés Alejandro François, después de pacientes tanteos, localizó en Ponte della Badia, cerca de la antigua Vulci, una tumba subterránea etrusca, totalmente cerrada y, por ende, libre de pillajes. Comunicó el descubrimiento a su compatriota A. Noël des Vergers, con el cual trabajaba, para ingresar juntos a la cámara mortuoria. Y así lo hicieron. Se derribó parcialmente el muro que clausuraba la entrada y arqueólogo e historiador entraron, los primeros, en la gran sala sepulcral. Noël des Vergers nos ha legado, en pocas líneas, la incomparable emoción vivida:

*Sobre sus lechos funerarios, los guerreros, cubiertos por sus armaduras, parecían descansar de los combates que habían librado a los romanos y a los galos nuestros. Formas, vestimentas, telas, colores, fueron aparentes durante algunos minutos; después, todo se desvaneció, a medida que el aire exterior penetraba en la cripta, donde nuestras antorchas vacilantes amenazaban apagarse. Aquello fue una evocación del pasado, que no tuvo siquiera la duración de un sueño y desapareció, como en castigo a nuestra temeraria curiosidad. (Cf.: GRIMAL, P. *Italie retrouvée*. París, Puf, 1979, p. 247).*

Con relación a este famoso descubrimiento es necesario puntualizar:

a) La tumba fue excavada y construida en el siglo V a.C. Sus frescos, en cambio, no pueden datarse más allá del siglo IV a.C.; y hay quienes afirman, sobre la base del examen estilístico, que fueron pintados en el siglo III o en el II a.C.

b) La tumba no padeció destrucción ni saqueo. Desde su clausura hasta 1857, es decir, durante dos milenios, la tumba conservó intactos sus tesoros.

c) Las paredes de la sala mortuoria se encontraban cubiertas de pinturas de un realismo sorprendente. Estos frescos fueron después retirados, en 1862, y reinstalados en Roma, en el palacio de la familia Torlonia.

d) Sobre la pared derecha de la cámara mortuoria se encontraba el célebre tríptico — hoy, como hemos señalado, en Roma —, que constituye el principal documento histórico de la tumba:

En el panel de la izquierda un guerrero quita sus amarras a un prisionero.

En el panel central tres hombres luchan contra otros tres, siendo clara la victoria de un bando sobre el otro.

En el panel de la derecha un combatiente ha derribado a su rival y se dispone a ultimarle.

Todos los personajes del mural se encuentran identificados: los del grupo vencedor con uno o dos nombres, y los del vencido con tres nombres.

En el panel de la izquierda, el prisionero es Caille Vipinas, es decir Celio Vibenna, y quien lo rescata es Macstrna. La escena ha sido interpretada también a la inversa: Macstrna prisionero es liberado por Caille Vipinas. (Así: GRENIER, A. *Le génie romain dans la religion, la pensée et l'art*. París, Albin Michel, 1938, ps. 41 y 42).

En el panel central, uno de los combatientes del bando vencedor es Aule Vipinas, es decir Aulo Vibenna, hermano de Celio.

En el panel de la derecha, el guerrero abatido, a punto de ser muerto, es Cnave Tarxu Rumax, es decir Cneo Tarquinio de Roma.

Los estudiosos coinciden en que el fresco representa la lucha de dos bandos etruscos, uno vencedor, de Vulci, y otro vencido, de Roma. Con alguna objeción, se acepta que Macstrna es Servio Tulio y —si bien con mayores reparos— que Cnave Tarxu Rumax es Tarquinio el Antiguo.

El mural constituye un testimonio incontestable de la existencia de otra tradición etrusca, distinta de la referida por Claudio, o, tal vez, un complemento de ésta, ya que es harto presumible que el emperador calló lo que el tríptico muestra.

El auge de Vulci en el siglo VI a.C. Los estudios realizados durante los últimos cincuenta años han demostrado que la ciudad de Vulci, que durante el siglo VII a.C. fue a la zaga de las grandes metrópolis etruscas, como Tarquinia, Vetulonia, Caere y Praeneste, tuvo un rápido desarrollo desde los inicios del siglo VI a.C.; y que, al promediar el mismo,

sobrepasaba por su riqueza y poderío a las demás ciudades tirrenas, jugando además su rol en la etrusquización de la Campania.

Vulci fue sobre todo un centro de elaboración y distribución de piezas de bronce labrado, y esta técnica "se manifiesta principalmente en el siglo VI a.C. con refinados objetos de estilo jónico-etrusco, como candelabros, estatuillas y, particularmente, los característicos tripodes de varillas con figuras aplicadas" (PALLOTTINO, M. *Etruscología*. Trad. de la 5ª edic. de J. Fernández Chiti. Bs.As., EUDEBA, 1965, p. 157). No es casual, pues, que proceda de Vulci el fragmento del tripode de bronce que se encontró en la Acrópolis de Atenas (PALLOTTINO, M. Op. cit., p. 285; BLOCH, R. *Los etruscos*. Trad. de M. Payró de Bonfanti. Bs. As., EUDEBA, 1972, p. 36).

Por otra parte, Vulci es un inmenso yacimiento de cerámica griega, el centro más importante de la cerámica pintada arcaica (PALLOTTINO, M. Op. cit., ps. 157 y 158). A esta ciudad corresponde el cuarenta por ciento de los vasos áticos con figuras negras importados por toda Etruria (HEURGON, J. *Roma y el Mediterráneo occidental*. Trad. de la 2ª edic. de A. Antelo. Barcelona, Labor, 1976, p. 162). Ello basta para patentizar la excepcional riqueza de Vulci, pues sólo un enorme poder adquisitivo puede explicar tales importaciones. Y téngase en cuenta que estamos en el *siglo de oro* del mundo etrusco.

En la plenitud de esta época, en pleno esplendor de Etruria en general y de Vulci en particular, durante el lapso 579/535 a.C., reinó precisamente Servio Tulio según la tradición romana, reinado y datación que los estudios más modernos confirman (Cf.: GRIMAL, P. Op. cit., p. 110).

Estado actual del problema. En estos últimos tiempos han tenido una notable difusión las hipótesis del profesor húngaro Andras Alföldi, cuya soltura de estilo y tremendismo le han granjeado —al menos en el orden intelectual— ostensibles simpatías y antipatías. Sobre las señaladas bases seguras —documento pictográfico de la tumba François y supremacía de Vulci al promediar el siglo VI a.C.—, y con el concurso de otras fuentes, Alföldi sostiene que un ejército de Vulci irrumpió victoriosamente en Roma, se apoderó de la ciudad y expulsó a los Tarquinius, que perdieron el control de aquélla por un largo lapso, durante el cual reinó Servio Tulio (*Early Rome and the Latins*. Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1963, ps. 212 y ss.).

Nos permitimos hacer notar que, en el punto, Alföldi no tiene la originalidad que alcanza en otras de sus tesis. Ya en los años veinte, Leon Homo, partiendo del supuesto que una misma fuente etrusca había inspirado al pintor de la tumba François y al emperador Claudio, concluía que Mastarna, al frente de una tropa de aventureros, se había apoderado del Caelius y, por la fuerza de las armas, había sucedido al primer Tarquinio (*L'Italie primitive et les débuts de l'imperialisme romain*. París, Albin Michel, nouvelle édition, 1953, p. 139).

Compartimos la postura de Pietro de Francisci en el sentido que *el dominio etrusco, más que un período o fase de una dinastía continuada, debe considerarse como la sucesión*

de unos señorios ejercidos por jefes militares que se presentaban en el territorio del Lacio, conduciendo con ellos a sus secuaces y nuevos elementos de población, y que intentaron, con éxito, dar una nueva estructura militar a la comunidad por ellos dominada, sin tener en cuenta su anterior organización (Síntesis histórica del Derecho Romano. Trad. castellana. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, s/f, p. 63). Y entendemos que, a esta altura del debate, puede razonablemente concluirse que Servio Tulio se erigió en rey de Roma por la victoria militar de un clan etrusco de Vulci sobre otro clan, también etrusco, pero de diferente origen, que ejercía el poder en Roma.

EL CENSOR

La actuación pública de Servio Tulio en cuanto innovador institucional en Roma, y particularmente en cuanto censor, tal como la tradición la enseña, salvo detalles, es objeto en nuestros días de general aceptación. Así como en lo referente a los orígenes de este rex y al modo que accedió al trono, es razonable consentir una enmienda—Servio Tulio alcanzó la realeza por las armas—; en lo referente a sus actos de gobierno, en cambio, la vulgata histórica ha prevalecido sobre todas las observaciones. La *Constitución serviana*, en sus líneas maestras, importa:

a) Encuadramiento de la ciudadanía en tribus territoriales, urbanas y rústicas, en atención al domicilio.

b) Distribución jerárquica de la ciudadanía, en atención a la fortuna en tierras y en ganado.

c) Reforma militar. En cuanto al reclutamiento, que se hará por tribus territoriales, y en cuanto a la composición del ejército, que sólo incorpora a quienes el censo registra como propietarios suficientemente hacendados para ello.

d) Instauración de un nuevo comicio: el *centuriado* o *por centurias*. Este nuevo comicio es el ejército, al cual se lo convoca para fines políticos, donde obviamente prevalecerá el criterio de los ciudadanos más ricos.

A nuestro entender, las principales objeciones a la tradición, en el tema, fueron dirigidas respecto de la antigüedad de los comicios centuriados. Pero éstas perdieron parte de su eficacia al restablecerse la autoridad de las XII Tablas, que se refieren concretamente al *Comitatus maximus* (IX, 2), y el resto al quedar fehacientemente establecido que las condiciones socioeconómicas de la época exigían un instrumento constitucional ajeno a la distinción entre el *populus* y la *plebs*, que obligara a ambos sectores a participar del mismo. Hoy se acepta que *Macstrna* en etrusco significa simplemente *el general*, algo así como *el comandante en jefe*; por lo cual cuadra perfectamente a la personalidad de Servio Tulio, hombre de armas por excelencia, hacer jugar también al ejército reformado el rol de nuevo y más importante comicio.

En cuanto a las objeciones dirigidas a los demás aspectos de la *Constitución serviana*, de mucho menor peso, han sido neutralizados por pacientes trabajos, cuyos detalles exceden esta exposición.

Hemos señalado que, tanto la introducción del censo en Roma como el contenido del mismo constituyen extremos donde la tradición canónica merece mayor fe. Sin embargo, ambos extremos han sido objeto de un agudo y poco difundido cuestionamiento.

El cuestionamiento fue planteado por Jean Gagé, profesor del Colegio de Francia, en una disertación titulada *Sur quelques particularités de la censure du roi Servius Tullius*, en el Instituto de Derecho Romano de la Universidad de París, el 7 de marzo de 1958.

El resumen que pasamos a exponer se basa tanto en la exposición directa de J. Gagé como en el ulterior debate —del cual participaron Lévy-Bruhl, Gernet, Magdalen, Villers—, que contribuyó a aclarar muchos puntos.

El orden que se sigue en este resumen, distinto del impuesto por el sabio profesor a su *causerie*, ha sido adoptado teniendo en cuenta las exigencias y características de toda exposición abreviada.

Con las salvedades que anteceden, suministramos el siguiente cuadro:

A) Juan Gagé señala que hay dos versiones de Servio Tulio aceptadas por los modernos:

a) Una que se funda sobre los frescos de la tumba François y la alocución del emperador Claudio, para la cual Servio Tulio es Mastarna; y

b) Otra, propuesta por Georges Dumézil, según la cual Servio Tulio representa en la tradición romana lo que el *sams* representa en la India de los arios, a saber: la noción timocrática de estima, de apreciación.

• J. Gagé considera *precarias* ambas versiones, de las cuales se aparta en principio: de la primera, porque compromete demasiado a Servio Tulio con el mundo etrusco, y más concretamente con la Roma etrusca del siglo VI a.C.; y de la segunda, por cuanto no explica a qué período histórico corresponde Servio Tulio.

El sabio profesor formula una serie de observaciones sobre la religiosidad primitiva del *Latium* sobre la cual se ha recortado el *mito concepcional* del rey; pero, con referencia al *inmenso problema de los orígenes de Servius*, se limita a arriesgar —y esto en las postrimerías del debate— que los latinos habrían considerado sobre todo a Servio Tulio como aquel *consagrado por la llama*, en recuerdo de una época en la cual —al contrario del pensar de Fustel— la comunidad de todos los hombres se habría reunido, con prescindencia de su origen, en torno a un hogar público común.

B) J. Gagé sostiene que el censo, tal como la tradición histórica lo presenta, es el resultado de un largo proceso, que comenzó probablemente antes de Servio Tulio, con el registro de los ciudadanos para fines militares, y que culminó a fines del siglo V a.C. con el establecimiento del *stipendium* y el *tributum*. Sólo en esta época, al final del proceso, la distribución jerárquica de la ciudadanía se efectúa atendiendo exclusivamente a la fortuna.

El proceso inmediato que precedió a la configuración difundida del censo timocrático republicano, ese último tramo del proceso total, comienza a mediados del siglo V a.C. y se

vincula con el establecimiento, en el 443 a.C., de la censura como magistratura independiente. Desde entonces, precisamente en el lapso 435 - 405 a.C., la gens Servilia desempeñó un importantísimo rol político: en la tradición analística y en los Fastos prevalecen los personajes de esta gens y de otros linajes de Alba y de Fidenes aliados de la misma.

Friedrich Münzer, en sus *Noticias prosopográficas*, en la Pauly-Wissowa, aventura que en la realidad de los hechos es probable que, en esa treintena de años, sólo haya existido un estadista único, de gran talla, en la gens Servilia, a cuya actividad e iniciativas se deberían los principales aportes que se atribuyen a esta estirpe. Tales aportes se presentaron después distribuidos entre varios miembros del grupo, de manera tal que el gran personaje real se desvaneció, apareciendo en su lugar una variedad de personajes ficticios, de cuyo conjunto se enorgullece la gens Servilia.

J. Gagé confiesa la influencia recibida de Münzer, pero destaca que, en su opinión, el papel jugado en los planos de la política y de la economía por la gens Servilia es más importante aún que el señalado por Münzer. Admite la existencia de confusión en los Anales, y esta confusión ha debido consistir en romper la unidad de dos personalidades principales (no dice quiénes son), y que si esta unidad fuera restablecida se podría comprender mejor la influencia que los hombres de ese linaje ejercieron sobre la sociedad de su tiempo. Lo cierto es que durante el lapso comprendido entre el establecimiento de la censura como magistratura independiente y la creación del *stipendium* y el *tributum*, esto es entre el 443 y el 405 a.C., la gens Servilia prevalece en Roma con el concurso de sus familias aliadas, y que durante este lapso se configura definitivamente el censo, cuya iniciación la leyenda —nacida tal vez en esa época y en ese medio— atribuye al rey Servio Tulio.

Como es dable apreciar, J. Gagé sostiene que el censo romano propiamente dicho, tal como lo presenta la tradición, poniendo las cargas económicas y militares sobre los hombros de los propietarios ricos, es el resultado de un proceso que va desde la institución de los censores hasta la creación del *stipendium*, siendo los estadistas de la gens Servilia —y no el rey Servio Tulio— quienes impusieron en Roma la organización timocrática, haciéndola prevalecer sobre la quiritaria preexistente.

C) Pero J. Gagé asevera asimismo que, en cuanto registro de los ciudadanos con finalidad militar, el censo es mucho más antiguo, presumiblemente anterior a Servio Tulio, quien según Tito Livio fue el primer censor.

A su entender, y respecto del censo romano propiamente dicho, Servio Tulio fue un precursor, o más precisamente un *pre censor*.

El censo establecido o reformado por Servio Tulio —no el censo romano clásico— ostenta las siguientes características:

- 1º. Los censados se registran por categorías de edades.
- 2º. El registro de los censados se relaciona con un sistema de *stipes*.
- 3º. La finalidad principal del censo era el registro de la categoría de ciudadanos en edad militar.
- 4º. La organización centuriada se limitaba a los *iuniores*.

1ª.— *Categorías de edades*. la clasificación de la población en categorías de edades tiene una remota antigüedad. Respecto de esta distinción por edades, debe tenerse en cuenta:

a) A cada categoría correspondía una determinada vestimenta, obligatoria —al menos— durante la ceremonia del pasaje de una categoría de edad a la otra.

b) Un especial relieve tenía el pasaje de la niñez a la pubertad (en el hombre) y a la nubilidad (en la mujer).

c) La promoción de una categoría a otra se cumplía mediante determinados rituales religiosos.

d) Estos rituales tuvieron —al menos finalmente— por destinataria a la Fortuna. En el *Forum Boarium* se levantaba un templo dedicado a la Fortuna, que se encontraba intacto hasta la época de Plinio el Viejo. En este templo había una estatua de madera dorada, con el rostro enteramente velado y con varias vestiduras superpuestas. Ovidio habla en sus *Fastos* de esas togas sobrepuestas e insinúa que la estatua era del rey Servio Tulio. Los contemporáneos de Plinio concordaban en que la erección del templo se remontaba a Servio Tulio, pero no sabían con certeza si la famosa estatua representaba al rey o a la diosa Fortuna. Sea como fuere, lo cierto es que Servio Tulio había instituido un culto a la Fortuna, atribuido a las diversas edades de la vida del hombre y la mujer, y que las vestiduras que se superponían en la estatua correspondían a esas distintas edades de la vida humana.

2ª.— *Sistema de "stipes"*. Las piezas de metal o fichas (*stipes*), que mucho antes significaran estrictamente *monedas*, estaban teñidas de significación religiosa —se vertían en los troncos de los templos como ofrendas—, podían cumplir además una función identificatoria —al menos en cuanto a pertenecer a una determinada categoría social—, constituyendo algo así como una *tessera* de clasificación personal, en un medio donde la escasísima difusión de la escritura obstaba al otorgamiento de documentos personales escritos.

a) Dionisio de Halicarnaso refiere (IV, 14-15) que para saber rápidamente y en cualquier momento el número de ciudadanos y la cantidad de ellos militarmente movilizables, Servio Tulio había dispuesto que por cada nacimiento, defunción y arribo a la edad viril de los ciudadanos, los parientes aportaran un determinado *nómisma* al *thesaurus* de los templos de Eilithya (Junon Lucina), de Afrodita Libitina (Venus Libitina) y de Neotetos (Juventas) respectivamente.

(Está claro que bastaba contar los *nomísmata* de cada templo por año para tener la estadística anual de tales eventos; y, de ser necesario, bastaba proceder al recuento en cualquier momento para establecer las variantes producidas hasta ese instante. Nos permitimos observar, en el punto, que si el sistema perseguía determinar con rapidez el número de combatientes disponibles, debió registrar separadamente la muerte de los ciudadanos en edad militar de la muerte de los ciudadanos fuera de ella, sea por no haberla alcanzado o sea por haberla excedido).

En este y otros relatos, Dionisio de Halicarnaso encuentra el fundamento de la clasificación plutocrática de la ciudadanía, que la tradición atribuye a Servio Tulio.

Pero, como J. Gagé entiende que la clasificación plutocrática de la ciudadanía es

posterior en más de un siglo a Servio Tulio, destaca que los aportes que se efectuaban a los templos no estaban presididos por un criterio impositivo destinado a afrontar gastos religiosos o militares, sino a registrar la cantidad de ciudadanos correspondientes a cada categoría de edad. Si bien la palabra *nómisma* significa pieza de moneda, en esa época, en la que no puede aceptarse una acuñación de moneda romana propiamente dicha, los aportes a los templos han consistido en *stipes* pre-monetarias, destinadas a registrar, tanto a hombres como a mujeres, por categoría de edad.

Para J. Gagé, pues, Dionisio de Halicarnaso ha interpretado el aludido relato —que se pretende del analista Pisón— erróneamente, aunque en el caso el error ha sido feliz, por cuanto el relato atestigua la subsistencia de un recuerdo auténtico, que autoriza a vincular a Servio Tulio con un sistema de *stipes* no monetarias.

b) En ocasión del censo, se distribuiría a cada censado una *stips* por la cual su portador se encontraba clasificado, pese a que tal pieza de metal no llevaba grabado su nombre. Esta *stips* o *tessera* o *insignia* jugaba el rol de un documento militar. Aunque expresado de una manera muy tangencial, J. Gagé sugiere que a quienes habían alcanzado la edad militar se les reintegraban, en ocasión del censo, las *stipes* aportadas previamente al templo de Juventas.

3º.— *Registro de ciudadanos movilizables y registro por categorías de edades.* La finalidad principal del censo es el registro de ciudadanos movilizables, pero en función de las diversas categorías de edades.

a) Según un texto de Aelius Tubero —que conocemos por otro de Aulo Gelio—, Servio Tulio fijó el comienzo de la edad militar a los diecisiete años, *al término de la pueritia*.

b) J. Gagé interpreta que la concreta alusión del texto a la *pueritia* se relaciona con el sistema de clasificación de las edades que atribuye a Servio Tulio: comienzo y fin de la *pueritia*, definición de la *juventus*, y así sucesivamente, hasta el término de las obligaciones militares.

4º.— *Sólo la organización de las centurias de iuniores corresponde a Servio Tulio.* Un texto de Festo, al referirse a la censura de Servio Tulio, habla solamente de su sistema de *classi iuniorum*. J. Gagé, si bien no pierde de vista el carácter abreviado de este texto, se afirma en él para proponer que el acoplamiento de los *seniores* es de importancia secundaria y de aparición tardía.

TREINTA AÑOS DESPUÉS

La conferencia de J. Gagé, ante el calificado auditorio del Instituto de Derecho Romano de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, fue pronunciada en 1958. Han transcurrido desde entonces más de treinta años, especialmente ricos en el afinamiento del saber sobre el pasado romano. Desde esta perspectiva, entendemos acertado apuntar:

1º. Es verosímil que haya existido en Roma una distinción institucionalizada de las categorías de edades y que, para cada *promoción*, hayan existido determinadas ceremonias y vestimentas.

Las togas superpuestas en la discutida estatua del templo de la Fortuna algún sentido, indudablemente, tienen. Por otra parte, lo que J. Gagé refiere del famoso templete ha sido corroborado por posteriores trabajos arqueológicos, por cuanto si bien se ha establecido que la última construcción corresponde a los primeros tiempos de la República, se ha demostrado también que aquella fue necesaria por las destrucciones padecidas por la preexistente construcción de la época de Servio Tulio (GRIMAL, P. Op. cit., ps. 110 y 111).

2º. Es aceptable que el censo de Servio Tulio haya estado, de algún modo, vinculado a un sistema de *stipes* de carácter pre-monetario.

Cuando Dionisio de Halicarnaso, o su mentor, el analista Pisón, hablan de *nómisma*, no pueden aludir a la moneda propiamente dicha: ésta fue acuñada en Roma, en piezas de cobre, después de las XII Tablas (GAYO. *Instituciones*, I, 122), quizás en el siglo IV a.C., y en piezas de plata desde el siglo III a.C. Verdad es que en tiempos de la realeza etrusca circulaban en Roma monedas griegas y tal vez fenicias, pero es inadmisibles que un sistema general de registro se estableciera sobre la base de unidades monetarias cuya acuñación era ajena a la autoridad instituyente. Distinta sería la situación de haberse incorporado ya Etruria al circuito monetario con monedas propias, pero esto no puede remontarse más allá del siglo V a.C. (PALLOTTINO, M. Op. cit., p.286; BLOCH, R. Op. cit., p. 37).

3º. Es muy probable que Servio Tulio haya unificado distintos criterios de los centros de reclutamiento pre-existentes, al fijar el comienzo de la edad militar a los diecisiete años, al término de la *pueritia*, y que esto se conjugara con su pretendida clasificación de los ciudadanos por *categorías de edades*.

4º. Finalmente, es admisible también que Servio Tulio sólo haya organizado las centurias de *iuniores*.

La explicación más acreditada acerca de la composición de la primitiva legión romana, en efecto, sólo tiene en cuenta las centurias de *iuniores* (FRACCARO, P. *La storia dell'antichissimo esercito romano*. Opuscula, II., Pavia, 1957, ps. 287 y ss.).

Entendemos, además, que es oportuno hacer notar que en el debate que siguió a la exposición de J. Gagé no se formularon observaciones contra su tesis central, aunque tampoco se exteriorizaron adhesiones concretas a la misma. El intercambio de ideas giró en torno de los variados materiales que la incuestionable erudición del conferenciante utilizó para su construcción, pero ninguno de los asistentes se pronunció explícitamente sobre si Servio Tulio fue el censor cabal, como la tradición lo muestra, o si fue un *pre-censor*, como J. Gagé lo presenta.

Así las cosas, nos permitimos resumir algunas conclusiones:

a) Las propuestas de J. Gagé sobre particularidades de la censura de Servio Tulio revisten un carácter raramente novedoso.

b) Tales propuestas, sin embargo, no son susceptibles de objeciones de fondo.

c) Pero, incluso admitiéndolas en su totalidad, tales propuestas no descartan que Servio Tulio, en su *census*, haya atendido además a la riqueza de los ciudadanos.

Georges Dumézil, desde otras premisas —respetadas, pero no compartidas— también atribuía al censo de Servio Tulio otro alcance que el censo republicano. Admite que la distribución en las cinco clases se efectuó atendiendo a la riqueza, pero asevera que las nuevas doce centurias de caballeros fueron reclutadas *ex primoribus civitatis*, sin atender a la fortuna, entre la aristocracia tradicional hereditaria, con lo cual el poder seguía quedando en manos de aquélla (*Servius et la Fortune*. París, Gallimard, 1943, ps. 151 y 152). Nos permitimos observar que la conclusión de Dumézil excede sus premisas, pues aun admitiendo su tesis respecto de la composición de las nuevas centurias de caballeros, ello no prueba por sí solo que la aristocracia tradicional (dieciocho centurias) pudiera seguir prevaleciendo frente a la riqueza (ochenta centurias, 1ª clase...).

En nuestra opinión, J. Gagé y G. Dumézil aportan elementos que patentizan que el *census* de Servio Tulio constituía una operación más compleja que la transmitida por la vulgata histórica. Pero, en cambio, el primero no demuestra que la hacienda de los ciudadanos fuera un ingrediente ajeno a ese censo y —siempre a nuestro entender— el segundo no demuestra tampoco que aquélla no haya jugado el rol que la tradición le atribuye.

Tal conclusión de conjunto no obsta a que el *census*, en cuanto sistema de registro, se haya transformado con el correr del tiempo, despojándose poco a poco de elementos sacrales arcaicos, al ritmo de la modificación de las creencias, y afinándose, por la mayor precisión de los patrones económicos, en los modos de evaluar el haber de cada uno de los censados, para una mejor asignación de su rango en el cuerpo general de la *civitas*. El censo se habría simplificado así gradualmente, siguiendo luego la directriz impuesta por la magistratura específica, la censura, instituida en el 443 a.C., para su periódica realización. Inmediatamente después del establecimiento de la censura, la gens *Servilia* ha jugado un papel protagónico: esto es claro, sin necesidad de pronunciarse acerca de si produjo muy pocos estadistas, como lo pretenden Münzer y Gagé, o un mayor número de personajes públicos, aunque de menor relieve. Y en cuanto al perfeccionamiento de la *apreciación* del caudal de los ciudadanos censados, la contribución de estos gentiles, en nuestro sentir, es igualmente clara: aquellos precursores remotos de los *adoradores del dios dólar* —bien que bajo las apariencias del *triens* mágico que presagiaba la fortuna del linaje (PLINIO, NH, XXXIV, 137)— han aportado, sin duda, la eficacia propia de sus otras empresas conocidas.

En nuestra perspectiva, pues, el censo de Servio Tulio estableció la distribución jerárquica de la ciudadanía atendiendo a la fortuna y a otras pautas, entre las cuales puede haber estado la clasificación de los censados por categorías correspondientes a las sucesivas etapas de la vida, y los rituales relativos a las promociones de edades, que sugiere J. Gagé, como así también el mérito y el prestigio personal de cada uno, por cuanto es de la esencia del *census* la estimación jerarquizante de las condiciones y de las fortunas (BENVENISTE, E. *Le vocabulaire des institutos indo-européens* - 2. Pouvoir, droit, religion. París, Minuit, 1969, p. 148).

En el intercambio de opiniones que siguió a su conferencia, J. Gagé agradeció a Lévy-

Bruhl el haber aceptado de antemano su publicación; y en ese mismo año (1958), efectivamente, fue publicada en la *Revue historique de droit français et étranger*.

Carecemos de detalles acerca de la resonancia que la singularísima tesis de J. Gagé ha tenido en tan prolongado lapso. Nos preguntamos si el erudito profesor mantuvo o modificó su criterio. En obra muy posterior—último capítulo—, J. Gagé cita expresamente tres veces su ya lejana conferencia, pero en ningún momento alude a su postura respecto del *census Tullianus*. Sin embargo, dada la índole del asunto, tuvo ocasiones claras para volver sobre el tema, como cuando, respecto de los *Servilii*, manifiesta: “una de las familias senatoriales de origen albano, cuyo nombre era siempre relacionado con aquel de *Servius Tullius*” (*La chute des Tarquines et les débuts de la république romaine*. París, Pavot, 1976, ps. 226, 239 y 241).

Como simple dato referencial —y sin pretender extraer del mismo generalizaciones que no autoriza— nos permitimos hacer notar que en un ensayo de aparición relativamente reciente —dirigido al gran público, pero construido con la mayor seriedad—, Claude Nicolet realiza un breve pero muy preciso examen del *census* y, si bien se mantiene dentro de los lineamientos del núcleo de la versión tradicional —cita *pari passu* a Cicerón, que derivaría de una fuente común—, la terminología, alguna vez, parece emparentarlo con Dumézil, pero en ningún caso con Gagé (*Le citoyen romain*. En: *L'homme romain*, publicado bajo la dirección de A. GIARDINA. París, Seuil, 1992, ps. 36 y ss.).

Una cuestión iusfilosófica en el quinto centenario:

¿FUE LEGITIMO EL IMPERIO HISPANICO EN AMERICA?

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

SUMARIO: I. PLANTEO DEL PROBLEMA. II. ¿LEGITIMIDAD DE ORIGEN? (Distintos títulos. Los títulos según Vitoria. Los títulos legítimos. Los títulos en los hechos. Una tesis indigenista. Qué títulos se dieron. Conclusión). III. ¿LEGITIMIDAD DE EJERCICIO? (Pensamiento, móviles y acción de la Corona y de un número determinante. El régimen político en concreto. Sugerencia de comparación con imperios posteriores en América. Recapitulación. Conclusión)

I. PLANTEO DEL PROBLEMA

La cuestión a resolver sería: ¿Fue justo el dominio ejercido por la Corona española sobre las llamadas Indias Occidentales? La motivación subjetiva de la cuestión se relaciona con la necesidad de abordar un asunto ius-filosófico en esta recordación del quinto centenario. Nos parece que, *objetivamente*, el asunto es importante, como que es siempre importante saber si nuestros orígenes están aureolados con la impronta de la legitimidad, o bien provenimos, por el contrario, de un gigantesco latrocinio, robo. Como sabemos, a veces los orígenes mandan, imponen ciertos mandatos, encerrando la cuestión, por lo tanto, *virtualidades prácticas*; entre ellas, además, la de saber si en el *cumpleaños* (quinto centenario) hay o no *algo que festejar* y con qué alcances. El asunto puede servir, también, para orientarnos en cuestiones político-jurídicas del tiempo presente, como se verá.

Hablamos de “*introducción a su problemática*” en virtud de la amplitud del tema y de los conocimientos necesarios para abordarlo. Amplitud del tema, como que exige por de pronto una consideración de *doctrina jurídica*; pero la valoración se debe realizar sobre *hechos* pasados, lo que exige, por de pronto, abundantes datos históricos. Aquí hay cuestiones de derecho, de filosofía del derecho, de teología y teología moral, incluso de la llamada “pastoral”, de derecho internacional, de economía, desde luego de historia, etc.

Delimitación del problema: Hablamos de "justicia" principalmente en el sentido de legitimidad. Claro que no se trata de la *legitimidad*, si así pudiera hablarse, "sólo positiva", o (aunque es incorrecto hablar así) "de la que trata el abogado"; se trata de la conformidad con las normas, en especial (no exclusivamente) con la *ley jurídica natural*. Es una cuestión de filósofo; aunque habría que agregar, ya se verá por qué, de *teólogo moral*. Hablamos de "dominio" en el sentido de potestad pública, la que se extiende sobre *personas* y, de algún modo, sobre *cosas*. Hablamos de "Indias", pues ésa fue la denominación jurídica de estas tierras, divididas luego en Virreynatos. Hablamos de la corona de España, pues la dependencia lo fue de la corona (esto fue decisivo en el debate jurídico-político del 22 de mayo), pero en rigor tal corona no era sino la de Castilla y León.

Consideración ante todo objetiva: La formalidad de la consideración será, ante todo, *objetiva*, de legitimidad o justicia objetiva, con una cierta, relativa prescindencia de aspectos subjetivos.

Problemas de imputación y valoración: La complicación es mayúscula, toda vez que se trata de *atribuir actos*, no a una *persona concreta*, sino a una institución, la Corona española, y esto a través de muchos años y en relación a territorios inmensos (por lo menos toda Sudamérica) y a distintos pueblos. Es el grave problema de la *imputación* de actos, imprescindible para la posterior tarea de la *valoración* en términos de justicia, concretamente de *legitimidad*. Anticipo que aquí parece pertinente atenerse por lo menos a estos criterios para aquella imputación y valoración: a) considerar la acción, el pensamiento y los móviles manifiestos de los titulares de la Corona; b) la legislación, en sí misma, en su cumplimiento o no, en un cierto número determinante, y las reacciones frente al incumplimiento; c) los móviles, intereses y convicciones dominantes en los demás responsables, globalmente considerados; ch) los resultados logrados; d) la comparación con otros imperios en situaciones análogas; e) la comparación con lo que vino después en los mismos lugares.

Pero, ¿es posible la justicia en las relaciones entre los pueblos, o en especial cuando hay influencia decisiva de un pueblo sobre otro? Examen de tres respuestas:

Se nos ocurre considerar tres posibles respuestas divergentes con la tesis de la posible relación justa. 1) Una primera respuesta nos diría que los Estados, o los pueblos, no están sometidos a una ley jurídica, por lo que no es dable juzgar en términos de justicia sus relaciones. Sería un "absolutismo de Estado" o un "nacionalismo desorbitado". Si el poder del Estado no debe sujetarse a nada, la respuesta es lógica; si el poder es el constitutivo esencial del orden político, al no haber poder centralizador no hay posibilidad de un orden jurídico internacional (Negación del Derecho Internacional Público). Será valioso, quizá, en esta posición, lo que le conviene al propio Estado. O habrá que *suspender todo juicio* en la materia. 2) Segunda posible respuesta, de signo *igualitarista*, consistiría en hacer de la absoluta igualdad entre los pueblos un principio de justicia. Toda influencia importante, toda primacía política o imperio de un pueblo sobre otro será injusta. Esto conduce a la exaltación indiscriminada del principio de no intervención. 3) Parecida a la primera posición —no hablar de justo o injusto— pero con tendencia a cierta protesta contra la dependencia de un pueblo sobre otro, sería la explicación de la relación entre un pueblo

dominante y otro dominado según la noción *materialista exclusiva de dependencia económica*, postulando la reacción de los dominados contra los dominantes.

Observaremos estas posiciones: *La primera*: así como en el orden individual yo distingo entre "lo que me conviene" y lo que "es justo", *no se ve por qué cuando se trata de relaciones entre grupos habremos de borrar esa distinción*. Hay derechos y obligaciones entre los Estados y pueblos. Porque hay una ley jurídica natural, por de pronto, entre ellos, que regula las conductas en pos del bien común internacional. *La segunda*: hay igualdad de naturaleza en todos los hombres, lo que no implica una igualdad total ni entre los individuos ni entre los pueblos. La solidaridad derivada de la igualdad de naturaleza, que implica la natural politicidad, rige de algún modo en el orden internacional. Preguntamos al hipotético "igualitarista": ¿qué pasa si el pueblo "A" invade al pueblo "B" para imponerle una servidumbre o utilizar sus pozos petrolíferos, y el pueblo "C", sin mayor riesgo, puede restablecer la justicia? ¿Qué debe hacer? ¿Hay un deber de actuar o no? Parece evidente que es legítimo que intervenga, e incluso que sea justo en el sentido de *debido*. E incluso, si es posible la repetición de los ataques, que mantenga de algún modo la forma de protección. Incluso, en su caso, en defensa preventiva de sí mismo. No se me diga que esto se presta a abusos. Es cierto, pero doctrinariamente hablando, el "abuso" no es la doctrina "del uso". Y esto aquí nos basta. Se concluye que es posible la intervención de un pueblo influyendo política y decisivamente en otro, y es posible que sea esto legítimo y aun debido. *La tercera*: el marxismo no puede mantener su pretendida "asepsia" de valoraciones; por eso hay que sostener que tiene una implícita doctrina de la justicia, con resabios de la posición igualitarista, a la que nos remitimos. Con respecto a la interpretación de la historia en términos exclusivamente reducidos a las relaciones económicas, una de las más típicas refutaciones históricas puede ser, precisamente, la empresa española en América. ¿Cómo explicársela en términos economicistas?

Es posible, pues, juzgar en términos de justicia las relaciones entre pueblos, y es posible que la influencia de uno sobre otro sea justa. Esta tesis tendría refuerzo en autoridades como Santo Tomás, San Agustín, Dante o los papas, por ejemplo León XIII, Pío XII y Juan Pablo II, cuando elogian el proceder del imperio romano o del imperio español.

La ecuación justo-bien común-hombre como criterios decisivos de valoración: Recuerdo aquí que lo justo o lo legítimo se determina por la ley y ésta por el bien común y, a su vez, el contenido del bien común se toma del contenido de lo que son los bienes o perfecciones de hombre. Esto, con las precisiones que cada orden pone en cada caso: orden individual, familiar, estatal, supraestatal.

Legitimidad de origen y de ejercicio: Nuestra tarea consiste, aquí, en trasponer las categorías políticas "legitimidad de origen" - "legitimidad de ejercicio", del orden político interno al orden internacional. Tiene legitimidad *de ejercicio* el gobernante que promueve el bien común. El que gobierna por el bien de todos y no por el bien de un sector. Tiene legitimidad *de origen* el que accede al poder conforme a las normas, naturales y positivas (sean estas últimas leyes, constituciones o costumbres). Si es legítimo trasponer esto al orden internacional, la cuestión de la legitimidad del dominio español en América se dividirá en dos partes: legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio. La ilegitimidad de

origen —se enseña en filosofía política— se subsana con el ejercicio legítimo, consolidado en el tiempo. Haciendo la trasposición al orden internacional, podría haber sucedido lo mismo aquí, en el caso de que el origen fuere ilegítimo.

Como base en la distinción apuntada, *este trabajo se divide en dos grandes partes*: precisamente, legitimidad en el origen, legitimidad en el ejercicio. Pero antes de esto, vamos a sentar un criterio moral-político-jurídico básico, *el del rechazo de la esclavitud*, lo que pide estas precisiones: 1. Se considera como tal la situación en que una persona es considerada *como cosa*, o bien considerado sólo en interés de otro; 2. Es obvio —pero hay que decirlo— que no basta el rechazo *legal* de la esclavitud para que no haya esclavitud real; 3. Esto vale para el orden de las relaciones *entre los pueblos*. Esto tiene esta relación y esta consecuencia con lo dicho supra: *sin el bien del pueblo dependiente no puede haber justificación alguna del dominio de un pueblo sobre otro*.

II. ¿LEGITIMIDAD DE ORIGEN?

Nos vemos llevados, pues, a la consideración de lo que se han llamado “*los justos títulos*” (para nosotros: los “*títulos*” a secas). Hay que dividir la consideración: *a) Ante la comunidad internacional en general*: el alcance de esta división surge de los demás miembros de la misma. Frente a los demás Estados en general y la comunidad internacional, la Corona podía exhibir la *prioridad* del primer ocupante efectivo (si fuera legítima la ocupación de tierras y dominio sobre personas) sobre las tierras de América. Y esto no suscita mayores problemas. *b) Frente a la Cristiandad*, esto es frente a los pueblos que reconocían en el Papa una cierta autoridad política internacional. Digo así, con esa vaguedad, pues podría tratarse de una autoridad de orden *positivo*, de árbitro o juez de la Cristiandad designado especialmente o reconocido consuetudinariamente; o bien de cierta autoridad de orden no ya positivo, ni natural, sino de orden teológico, *sobrenatural*, ejerciendo el poder temporal indirecto del Romano Pontífice. Fuera de esta ardua problemática, los títulos aquí están constituidos o fundados en las famosas *bulas* que dividen las nuevas tierras entre España y Portugal. Aunque hay que decir que las bulas en cuestión no bastaban para adquirir derechos si no eran seguidas de la *ocupación* y del *cumplimiento del cargo* a que estaban sujetas: *la evangelización*; *c) Frente a Portugal* regían, además de las bulas, los acuerdos recíprocos celebrados, que fueron modificando el trazado impuesto por aquéllas; *ch) Y frente a los habitantes del nuevo mundo*, tenemos la cuestión más ardua, por lo que la trataremos por separado.

Los títulos según Vitoria: La posible justificación del dominio español es tematizada por un discípulo de Santo Tomás, Francisco de Vitoria, de la orden de predicadores, en sus famosas *Relecciones de Indias*, precisamente en una “*relección*”, clase extraordinaria, en una festividad; Vitoria es precisamente el paradigma en el cultivo de dicho género académico. Quiero subrayar algunos puntos antes de mencionar los títulos vitorianos: 1) *España misma se cuestiona* la moralidad de la conquista; 2) la solución doctrinal viene de la *Universidad* y con la *fundación del Derecho Internacional*; 3) lo que azuza el interés es no sólo la admiración académica, sino el temor del pecado, el

temor de Dios; 4) la solución es jurídica y teológica a propósito del texto de Mateo 28, 19, y del bautismo de infieles; 5) Vitoria no conoció América; asesoró al Rey; tuvo mucha influencia, pues sus discípulos de la gran Salamanca inundaron el Nuevo Mundo. (He encontrado seis referencias concretas a los "hechos de América" en su selección *De Indiis* y una en la dedicada a la *templanza*.)

Primero discute si los indios eran verdaderos dueños, pública y privadamente, y responde afirmativamente (son veintiséis densas páginas de disputa). Después rechaza los que llama "títulos no legítimos", los "no-títulos"; rechaza uno a uno: 1) que el Emperador sea señor del mundo; 2) que la adjudicación papal valga para adjudicar las tierras y hombres del Nuevo Mundo; 3) el supuesto "derecho del descubrimiento", pues había ocupación de territorio por los indígenas (la ocupación vale más que el descubrimiento, pero en este caso "supone descubrimiento", por así decir); 4) que por causa de la Fe se les pueda declarar la guerra, ni se pueda forzar a aceptar la fe; 5) el supuesto título basado en los pecados de los bárbaros; 6) la elección de los indígenas (que los indígenas elijan el gobierno español), porque debe ser verdadera, sin temor, amenazas, ignorancia, sin perjuicio del derecho al mando de los ya constituidos soberanos indígenas; 7) una supuesta condena de Dios respecto de los indios, de ser entregados a manos de los españoles. Como síntesis de esto descamos señalar: a) algunos rechazos son obvios, v.gr. el descubrimiento (2º) o la condena (7º); b) otros son en cierto sentido "revolucionarios", v.gr. el 1º (rechazo de la potestad del Emperador) o el 2º (de la potestad del Papa); c) otros son rechazados al principio pero, bajo ciertos nuevos requisitos, reaparecen como legítimos: así el "título de la fe" (4º), el de los pecados de los bárbaros (5º) y el de la elección (6º).

Los "títulos legítimos": Cabe consignar que Vitoria enumera siete títulos que serían legítimos y uno dudoso. Los no dudosos, dado que al principio sentó que los bárbaros eran señores pública y privadamente, suponen en muchos casos el *destronamiento de verdaderos soberanos, previa guerra justa*. Esto es: se supone, para cumplirse con el título, que se den los pasos y requisitos para una *justa guerra*, más que se den los requisitos para establecer otro gobierno en el pueblo vencido.

1) "De la sociedad y comunicación natural": Por supuesto que para llegar a justificar la instauración del dominio español a partir de la natural socialidad y comunicación, se deben dar varios pasos, lo mismo que en los demás títulos. ¿Qué opinar de este título? (Hablamos de la cuestión doctrinal, de derecho. En otro paso de nuestra vasta "problemática" corresponderá ocuparse de si se dieron los hechos en conformidad o no con la norma.) Nuestra opinión es que en la exposición de este título quizá falte en Vitoria la conjugación de la sociedad y comunicación natural, la igualdad natural, con otro elemento importante, quizá no tenido demasiado en cuenta, y que es la *soberanía y el bien común político*, con sus connotaciones integrales, de cada Estado. Aunque no faltarían en la reelección pasos en que esto pudiera estar implícitamente contemplado. (Por ejemplo: si la permanencia y comercio de un país industrializado, habida cuenta de un "deterioro de términos de intercambio", en otro económicamente inferior, no constituye ya de por sí un "daño" si hay "libre comercio" entre ambos. Cierta "discriminación contra los extranjeros", pues, podría ser justa y no afectar la natural socialidad y comunicación entre los hombres.)

2) *Propagación de la religión cristiana*: Las etapas que van hasta la guerra y de ella al dominio comienzan con la oposición que se haga a la predicación de la religión. El criterio del derecho a la prédica de la religión debe colocarse junto a otros: a) desde luego el criterio de que el *acto de fe* es libre y no puede ser forzado; b) desde luego, a fortiori, que nunca estos nobles títulos deber ser usados como *pretexto* para el dominio político y económico. Para la valoración de este título, hay que tener en cuenta que Vitoria supone: a) la distinción entre quienes son y quienes no son católicos (obvia, pero que va contra todo "cristianismo anónimo"); b) que la Religión Católica, Apostólica, Romana es la religión verdadera y que, normalmente, fuera de ella no hay salvación; c) que la fe es —normalmente— "por la predicación" (*San Pablo*). Habría que ampliar esto y decir que la fe es algo que, si bien sobrenatural, tiene que ver con las conductas de los hombres, normal u ordinariamente, en su transmisión y en su conservación; ch. que si se afirma la libertad religiosa en el sentido rechazado por la encíclica *Libertas*, por ejemplo, este título carecería de sentido. No es nuestro caso. Lo consideramos plenamente válido.

3) *"Solidaridad religiosa"*: Para que se dé este título, los pasos requieren ya indios convertidos a la fe y agredidos en su fe, ante lo cual la intervención de la Corona se legitima en su defensa.

4) *"Por adjudicación papal en privilegio de la Fe"*: El Papa, si puede disolver el vínculo matrimonial, que es de derecho divino, en favor de la fe, a fortiori puede quitar el vínculo de los pueblos con sus dirigentes, siempre que haya "una buena parte" *convertida*, y designar un príncipe cristiano. Sería un "poder indirecto del Papa en lo temporal". (Se funda en *Santo Tomás*, 2-2, 10, 10.)

5) *Tiranía de los bárbaros o de sus leyes que perjudiquen a los inocentes*: Aquí hay una breve modificación del falso título 5º ("los pecados de los bárbaros"). En la defensa de inocentes ante una gravísima tiranía (los ejemplos que da Vitoria son el sacrificio de inocentes y la antropofagia), sin apelar a ningún título sobrenatural ni a la voluntad de los indígenas (y aun en contra de la suya), tenemos el punto de partida para un verdadero título.

6) *Verdadera y voluntaria elección*: Se exigen requisitos que permitan pasar del falso título sexto a éste.

7) *Amistad y alianza*: Así como entre pueblos cristianos puede haber guerras justas con alianzas, que lleven al dominio de un pueblo sobre otro, lo mismo puede darse de los españoles con indígenas, contra otros indígenas.

8) *El "título dudoso": falta de aptitud de los indígenas para el gobierno*: Este título fue rechazado bajo otra fórmula, al afirmar la soberanía de los príncipes bárbaros; habría que sintetizar constructivamente la solución vitoriana así: en el caso en que no tuvieran verdadera aptitud para el gobierno, así como si en un pueblo perecieran todos los adultos y quedaran sólo niños sería obligatorio incluso gobernarlos, así también en aquél.

Vitoria termina la famosa selección indicando que si no se dan los títulos el comercio

no debe cesar y que si hay convertidos no se puede abandonar por completo la administración de aquellas provincias.

¿En los hechos, se dieron los títulos válidos? Hasta aquí, tan sólo tenemos la doctrina vitoriana, con algunas reflexiones de nuestra parte. Para formular el *juicio de valoración* hace falta confrontar la doctrina con los hechos. La vastedad de la tenencia histórico-geográfico-política es casi infinita. Antes de intentar decir qué títulos pudieron tener vigencia, haremos algunas reflexiones en forma asaz esquemática, para mostrar alguna pista de salida al problema, a la vez que su complejidad, y la falsedad de cierta tesis que llamaríamos “indigenista”.

Tal tesis diría que los españoles se apoderaron, sin derecho, de las tierras de otros, que eran los indígenas, que vivían de manera justa y feliz y en culturas florecientes. La consecuencia sería que hay un deber de restitución a los indígenas. El origen, pues, de la Argentina (y de los pueblos hispanoamericanos) sería un magno latrocinio, del que no nos debemos enorgullecer y, en definitiva, “no hay nada que festejar” en el quinto centenario.

Sin responder por ahora a la pregunta crucial, daremos respuestas menores, a partir de la réplica a esa tesis “indigenista”, que nos ayudarán en la respuesta “mayor”: 1) No había un poder indígena sino, en todo caso, muchos (aztecas, incas, diaguitas, comechingones...). 2) Había en algunos casos formas infrapolíticas, sin mayor organización ni pretensión de soberanía. 3) No había un poder, ni un poder político soberano que ocupara todo el territorio. Si no hay efectiva ocupación de un territorio, mal se puede hablar de despojo. Y resulta complejo hablar de ocupación de un territorio ante pueblos nómades. Para “poseer” hay que “tener bajo su poder”. Frente a un pueblo permanentemente nómade, ¿cuál es su territorio y cuál es el ajeno? Si pueblos distintos, nómades, se dividían el uso, pero sin división y ocupación territorial establecida, un “pueblo tercero”, v.gr. español, podría asentarse en las inmediaciones siempre que no estorbara la vida normal regular de los que antes estaban. 4) La similitud de piel, no se necesita decirlo, no es título jurídico para presentarse como sucesor de los supuestos despojados. (No se niega que puede haber habido, en algunos casos, verdadero despojo). 5) Por lo demás, si la unidad de color de piel fuera título jurídico, habría que exigir, en los reivindicadores, “pureza de sangre o de color”, excluyendo el mestizaje. En fin, las pretensiones “indigenistas”, en cuanto dejan de defender una leyenda negra histórica sobre España (en lo que estoy seguro que están equivocados) o de formular algunos juicios negativos sobre la obra de España (en que pueden tener ciertos parciales quizá), para plantear en serio reivindicaciones jurídicas, son francamente risueñas. 6) El atraso cultural o no de eventuales pueblos usurpados y sojuzgados no es título jurídico para remover la acusación de usurpación o confirmarla, pero si se hubieran destruido culturas florecientes podría ser un agravante del acto ilícito. En este sentido, no debe olvidarse el atraso en que estaban.

¿Qué títulos pueden en concreto haberse dado?: 1) Por de pronto, un título de ocupación legítima de las tierras (dejamos de lado la potestad sobre las personas) se dio en la ocupación de tierras de nadie, “res nullius”, que muchos de estos territorios lo eran. (Esto vale, clara y evidentemente, con pueblos como los aztecas o los incas.) 2) El “título máximo”: Pensamos que pudo haberse dado el título primero (propagación de la Fe). Incluso

Vitoria no duda que se justificó ir a las armas para poder establecer la *predicación del Evangelio*. (Este título es inadmisibles, *de derecho*, para el *relativista*.) Al parecer, la prédica evangélica necesitaba y necesitó de una cierta potestad política que la facilitara. Cuando se deteriora la potestad política se registran vueltas a la idolatría. Además, la comparación de la acción Evangelizadora de España con otras misiones sin respaldo y sostén político parece confirmarlo (evangelización de China, conservación del catolicismo en tierras dominadas políticamente por Carlos V, etc., enseñanza de las experiencias de supresión de las encomiendas, aplicables análogamente, etc.). ***SOBRE ESTO LOS ELOGIOS DE LOS PAPAS A LA ACCION DE ESPAÑA NO DEJAN LUGAR A DUDAS. Se puede decir que muy verosímilmente este título se haya dado en muchísimos casos.***

Es significativo que el *ideal misional* estuviera tan presente en un número determinante, tan grande, de responsables de la acción española: en los reyes, en los gobernantes, en las leyes, incluso en nombres de espada. Y no es menos significativo que *el ideal se cumplió*: se reza y adora a Nuestro Señor Jesucristo “en español”, y eso así muy netamente hasta 1810, por lo menos. De ahí, como consecuencia, que ha de rechazarse por nociva y errónea toda dialéctica “*cruz-espada*”, o *política-religión*, o “*políticos*”-“*religiosos*”. La construcción de la Cristiandad no admite esa dialéctica. Advierto que hoy una “*línea media*”, ni “*leyenda negra*” ni “*leyenda rosa*”, “*transa*” la cuestión dialécticamente: ponen el “*negro*” en el poder civil y lo “*rosa*” en el eclesial: deberíamos festejar, pues, la acción de los misioneros, “que a pesar de los conquistadores”, habrían hecho lo que hicieron. La figura espléndida de Isabel la Católica y su ideal misional y político lo desmienten rotundamente. 3) *La tiranía de los gobernantes indígenas*: Que en muchos casos había una verdadera tiranía, que exigía sacrificios humanos, desde luego que con víctimas inocentes, parece un hecho innegable. *Se daba la causal para verificación de este título en la realidad concreta*, en muchas partes de estas tierras. 4) *Elección y falta de aptitud para el gobierno*: Hubo casos de verdadera aceptación y elección del poder español. Además, el hecho de que, en muchos casos, no hubiera verdaderos *estados* constituidos facilitó la incorporación al Imperio. 5) *Amistad y alianza*: En algún caso se dio: el propio Vitoria recuerda la de Cortés con los tlaxtecas y Sierra la de Martínez de Irala con los agaces. 5) En cuanto al título de “*solidaridad religiosa*”, téngase presente que pudo haberse verificado, si hubiere sido injusto en su origen, la asunción del poder, una vez hechos cristianos que no podían ser dejados indefensos ante la persecución de y por su fe. 6) El *cuarto*, la adjudicación papal en privilegio de la fe, no podemos decir que se verificó aquí. 7) Para concluir con la legitimidad de origen, llamo la atención sobre esta singularidad de la colonización: por obra del *mestizaje* practicado por los españoles y a merced de las distancias geográficas y temporales, gran parte de la obra civilizadora se hizo *con y por* mestizos. En muchas fundaciones participan españoles, hijos blancos de españoles, mestizos y también indígenas. Aparecen “los hijos de la tierra”. Estos son difícilmente ubicables en la concepción dialéctica “*indigenista*” de la leyenda negra. ¡Quién más español que *Hernandarias*! ¡Quién más arraigado aquí que *Hernandarias*! ¡Para quién “*juega*” *Hernandarias*, en la dialéctica antiespañola?

La *conclusión*, pues, debe ser que *en muchos casos, por lo menos, hubo legitimidad de origen, objetivamente hablando* y siguiendo los criterios supra enumerados. En un lapso de tiempo asombrosamente breve, todo un continente se incorpora a la corona de Castilla

y de León. Ahora bien, una vez establecido el poder de la corona, ¿cómo se ejerció éste? Pasemos a la

III. ¿LEGITIMIDAD DE EJERCICIO?

Se comprenderá que entramos en *la parte más importante*, toda vez que de poco vale la legitimidad de origen si no la hay de ejercicio, y la usurpación originaria puede purgarse o convalidarse por el ejercicio recto. ¿Cómo se ejerció el poder político? Aquí la solución puede ser mucho más segura, porque puede apelarse con mayor razón a un juicio global. Además, estamos no sólo ante hechos puntuales sino ante cierto hecho permanente, de siglos, ante resultados indiscutibles. Y la valoración se confirma fácilmente si se *compara* la acción del Imperio Hispánico con cualquier otro imperio del mundo, desde los asiáticos, pasando por Roma, hasta Inglaterra y Estados Unidos y Rusia. Pero no nos queda mucho espacio y sólo podemos apuntar algunas cosas.

Pensamiento, móviles y acción de la Corona y de un número determinante de ejecutores: Si hay algo que sintetiza el pensamiento, los móviles y la acción de la Corona es la preocupación, en primer lugar, evangelizadora, misionera. No ha habido un imperio que, en este aspecto, igualara al español. No ha habido una empresa política tan signada por ese "interés" superior. Y —cosa significativa— esos móviles se dan también en un número importante de ejecutores de esa política, incluso en los que se veían frente a frente, y con permanente peligro de sus vidas (!!!) con los eventuales enemigos del Imperio. En los *capitanes*.

El régimen político en concreto: 1) Ese pensamiento, móviles y acción plasmaron en un régimen político donde adquirió notable *primacía la Religión* de Cristo Nuestro Señor. Es un hecho la imponente realidad de la evangelización de todo el continente.

2) El sentido de la *organización política* del nuevo continente se capta bien si se piensa que se organizan como *Reinos*, con autoridades y legislación relativamente propias y nominalmente autónomas, con dependencia en principio sólo *personal* de la Corona. *J. Irazusta* destaca el alto valor geopolítico que tuvo la creación del *Virreynato del Río de la Plata*. El sentido político, "político" aquí por oposición a "mercantil", lleva al Imperio a *fundar ciudades*, no factorías, con afán evangelizador y también civilizador y politizador. El *cabildo* es una cabeza de un grupo con cierta republicana "mayoría de edad". La ciudad se crea al amparo de la cruz, implantando *el palo de la justicia*, por acto solemne y racional, no como consecuencia de los *negocios*. *La ciudad se diseña* conforme a las leyes, no según las ventajas mayores o menores de los corredores o martilleros. El Imperio funda la raíz de nuestro *federalismo* argentino, lo que tiene consecuencias políticas prácticas decisivas hoy. El 22 de mayo la discusión ejemplar que engendra nuestra independencia está *transida por los principios políticos establecidos por el Imperio*. El *prestigio del sistema* es llamativo. El "consenso" que tuvo la monarquía fue tal que la revolución de mayo se hace en nombre del rey, y *J. M. Rosas* atribuye la independencia argentina a la incomprensión en la monarquía de su sentido real, verdadero. Los más graves cuestionamientos a la acción

española (v.gr. los de Montesinos y Las Casas) dejan a salvo la legitimidad del orden político hispanoamericano. Y al caudillo más querido y votado y conductor más alto que tuvo la Argentina y durante más tiempo, ¿cómo quisieron anatematizarlo sino como "el más hispánico", "el más español"?: "*el Felipe II argentino*" (de Sarmiento contra Rosas). A su vez, la acusación más recurrente que nuestros enemigos (de la Argentina) le han hecho fue la de ser un típico gobernante hispánico: "*querer reconstruir —¿reconstruir qué?— el Virreynato*". Y querer restaurar las leyes... hispánicas.

3) En el *orden jurídico* legal es un lugar común ya, gracias a Dios, aludir a ese monumento único que son las *Leyes de Indias*. (Es tan común que a veces no se repara en su significado preciso.) Adviértase la consagración clara de *igualdad* de todos los hombres, la especial protección al indígena (*curatela*, similar a la que rige hoy en el derecho laboral). Y el *alto coeficiente de aplicación de la buena legislación*. La más notoria aplicación de los declarados principios de la igualdad inunda la realidad social desbordando los marcos legales con el hecho notable del *mestizaje*.

4) No se trataba, pues, de "lindas leyes". La sola invocación de la *limitación del poder* sea por el *derecho divino* y el *derecho natural* reconocidos; la permanente vigencia de buenas *costumbres y tradiciones*; la práctica de "acatar y no cumplir" las leyes; la frecuentes *apelaciones*; la práctica del *juicio de residencia*; la existencia de *reales poderes* que son la mejor defensa de las *libertades reales concretas* (en vez de la declaración nominal de las actuales "divisiones de poderes"); el lugar de privilegio, como reales y más sólidos "privilegios parlamentarios" concedido a los *religiosos*, que les permitía ser defensores celosos de los más débiles, todo esto diseña un sistema político de *respeto único por la dignidad del hombre*. En este régimen hay muchos elementos a tener en cuenta para una seria *reforma del Estado Argentino hoy*; no puedo extenderme sobre esto ahora.

5) Para la legitimidad del ejercicio es preciso considerar en qué medida se lograba el bien común político en su *dimensión económica*. A ese respecto baste decir que España no concibió nunca la empresa de Indias como teniendo por *fin principal* la explotación de la riqueza americana en su servicio. Podríamos abundar en pruebas de ello. Además, y en definitiva, *España se empobreció* con América. Añado que la política económica seguida permitió un autoabastecimiento de estos reinos, que fomentó sus industrias y la preservación, hasta que se pudo, de la explotación por el capitalismo inglés.

6) Es ya otro lugar común señalar la preocupación del Imperio por la educación y cultura. El dato clásico del número de universidades en América del Sur y del Norte es contundente. El fervor de Vicente Bernedo O.P., enseñando Teología, según el propio texto de *Báñez*, a pocos kilómetros de indios antropófagos, es un canto a la primacía de la sabiduría por sobre los intereses económicos y demás preocupaciones de la vida. Incluso de la preocupación *por la vida*.

Como el juicio en términos de legitimidad jurídica de las conductas y regímenes humanos importa cierta contingencia y relatividad, no es ocioso hacer una breve comparación entre la labor de España en América y la acción de otros imperios en el mundo a lo largo de la historia. Pero la brevedad de esta comunicación nos permitirá solamente dos testimonios.

En primer lugar, uno que, por provenir de un inglés ilustre, es altamente autorizado y no necesita comentarios por su contenido contundente. Citémoslo, para aludir al imperio que vino a reemplazar a la corona de Castilla y León en la preponderancia en América. Decía *Burke* en su discurso del 1.XII.1783:

“...cada rupia de beneficio lograda por un inglés es una rupia perdida definitivamente para la India... Nuestro orgullo no levanta monumentos que reparen los daños por él producidos y que adornen al país, aunque sea a costa de sus despojos. Inglaterra no ha erigido iglesias, ni hospitales, ni palacios, ni escuelas; Inglaterra no ha construido puentes, ni ha hecho carreteras, ni abierto canales... Cualquier otro conquistador de cualquier clase hubiera dejado tras sí algún monumento estatal o de beneficencia. Si se nos expulsase hoy de la India, no quedaría nada que recordase que ese país había sido poseído durante el período nada glorioso de nuestra dominación por alguien mejor que el tigre o el orangután”.

Dado que la cuestión de que tratamos —la legitimidad de un imperio— debe ser tratada realistamente, yendo a los hechos reales y no a las palabras, en la tarea comparativa de la acción española con la de otros imperios queremos recordar ahora el actual “imperialismo internacional del dinero”, aludido hace mucho en la doctrina pontificia y actualizado por el Papa *Juan Pablo II* ante una de las expresiones más típicas e injustas de un imperialismo actual e injusto que subyuga nuestros pueblos y a nuestra Argentina: la llamada “deuda externa”.

“Se debe expresar firmemente, para que todo el mundo lo oiga, que la deuda externa de una país jamás puede ser pagada a expensas del hambre y la pobreza del pueblo” (octubre de 1991). La tarea comparativa de los distintos imperios nos lleva de la mano a comparar el Imperio Imperial hispánico, del que proviene la Argentina, y el actual imperio imperialista anglosajón, ligado a la ideología del “nuevo orden” y del “primer-mundismo”, que acaba de ser aludido. La conclusión resulta evidente.

RECAPITULACIÓN — CONCLUSIÓN

Platón, al explicar en qué consiste la justicia, comprendió bien que ella es eminentemente política, general, que implica la coordinación y recta ubicación y subordinación de todos los sectores de la polis, conforme a una recta escala de valores. En lo esencial su pensamiento es válido, y debe recordárselo para entender el sentido de la justicia aristotélica, del régimen mixto tomista y de lo que sea recto ejercicio y legitimidad del poder e imperio políticos. A su vez, la acción política debe producir la amistad cívica y, en el ápice de los bienes y perfecciones humanas, cultivar en lo posible las virtudes que vinculan al hombre con Dios.

Con estas breves palabras quedan sintetizadas, bajo la invocación de Platón, las bases doctrinales para la respuesta a la cuestión de cuándo hay un recto ejercicio del poder político. Esas bases funcionan como premisa mayor doctrinal, que exige verificación en la premisa menor de los hechos históricos, en cumplimiento concreto de las normas de legitimidad, hechos históricos, realidades religiosas, políticas, jurídicas, sociales, aquí solamente

expuestos por vía de sugerencia incompleta, más propios de la tarea del historiador que del ius-filósofo.

Con todo, y teniendo esas dos premisas presentes, si no hubo legitimidad en el ejercicio del poder político por parte de la corona de Castilla y de León en América bajo el gobierno de los Austrias, ¿quién y dónde ha realizado, en una empresa imperial, el recto régimen político en el mundo?

Este libro se terminó de
imprimir en talleres Graficos CYAN
Potosi 4471 Capital Federal TE. 982-4426
en el mes de diciembre de 1993