

Korras



PRUDENTIA IURIS

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

AGOSTO 1980

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

CONSEJO DIRECTIVO:

Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:

Mons. JUAN DAN y Dr. FRANCISCO ARIAS PELERANO

Suplentes:

FRAY DANTE CARDOZO y Dr. JOSE MARIA MEDRANO

Por los profesores titulares:

Dr. ALFREDO DI PIETRO, Dr. JORGE RODRIGUEZ MANCINI
y Dr. BERNARDINO MONTEJANO

Suplentes:

Dr. HORACIO I. ROMANELLI, Dr. OSVALDO COSTALES
y Dr. ALFREDO BATTAGLIA

Por los Profesores no titulares:

Dr. EDUARDO M. QUINTANA

Suplente:

Dr. ROBERTO PUNTE

Secretario Académico:

Dr. LEOPOLDO P. CAMPANA VIZCAY

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

Consejo de Dirección:

Dr. CARLOS M. BIDEGAIN, Dr. LUIS C. CABRAL, Dr. ALFREDO DI PIETRO,
Dr. LINIERS DE ESTRADA y Dr. BERNARDINO MONTEJANO

Junta Asesora:

R. P. DOMINGO BASSO, O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA
Dr. JUAN BARGALLO CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBON,
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LOPEZ, Dr. JORGE JOAQUIN LLAMBIAS
y Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

P R E S E N T A C I O N

"Prudentia Iuris" será el órgano periódico expresivo de la Escuela de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Lo será, no para dar cuenta de cuanto pueda ocurrir entre los claustros y los corrillos de la Escuela, o para notoriedad y promoción de quienes en ella enseñan, estudian o trabajan, sino para dar testimonio de lo que la Escuela misma tiene de más esencial y profundo, de lo que constituye su razón de ser como instituto de investigación y docencia: la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe.

Nuestro programa ha sido expresado artísticamente en la carátula dibujada por Don Francisco Fornieles: sobre el trasfondo del orden natural instituido por Dios, Creador y Legislador del Universo, se destaca la reordenadora Sabiduría Cristiana, representada por el más alto exponente de la Teología Católica, Maestro Común de todos los tiempos. Es decir: orientados por Santo Tomás de Aquino, nos apoyaremos en los incommovibles principios del Derecho Natural, del Derecho Divino Natural.

"Prudentia Iuris" será, pues, reflejo de la tarea ardua y cotidiana que, dentro de la concepción genérica y del ámbito de nuestra Universidad, específica a su Escuela de Derecho; y, precisamente por ser tal, será también herramienta insustituible para que dicha tarea pueda llevarse a cabo con eficacia. Sus páginas estarán siempre a disposición de los profesores y los estudiosos que deseen colaborar en la señalada empresa, dentro de las pautas arriba señaladas.

En suma, la razón de ser de "Prudentia Iuris" se confunde casi con la razón de ser de nuestra Escuela de Derecho, como instituto que es de una Universidad cuya función primordial es precisamente promover la integración del saber dentro de una cosmovisión cristiana total y coherente. Y esta tarea que debemos realizar en cumplimiento del mandato que la Iglesia nos ha confiado, redundará, sin duda, en bien de la República, tan trabajada por un largo siglo de positivismo jurídico. Sin bajar al terreno de la política contingente, manteniéndonos en el plano superior de los principios, esclareciéndolos, contribuiremos a la superación de los errores doctrinarios acumulados y de sus malas consecuencias que se hacen sentir en la vida social argentina.

Queda pues en claro el ámbito y el nivel en que desenvolverá su acción. Será una revista de doctrina; de alta doctrina. Los temas profe-

sionales, los casos jurisprudenciales corrientes y la mera interpretación de las leyes positivas, no entrarán en el campo de sus preocupaciones. Ya trata de todo ello la revista "El Derecho", y lo hace muy bien. "Prudentia Iuris" viene a satisfacer un requerimiento peculiar y distinto; tiene una misión que le es propia, pero que, en cierta medida, complementa la de aquella, que, por lo demás, le otorga su apoyo y sostén.

Dios mediante, "Prudentia Iuris" saldrá cuatrimestralmente. Su redacción ha sido confiada a cinco Codirectores y a una Junta Asesora donde están representadas todas las ramas de la ciencia jurídica, asistidos por un Secretario. Provisoriamente el Decano de la Facultad asume la responsabilidad de la Dirección General.

S. E.

PRUDENTIA IURIS(*)

“...El derecho no es una pura esencia sino una esencia en determinadas condiciones concretas de existencia, la unidad substancial de una materia y una forma, que en su función rectora tiene que habérselas con la libertad humana, con toda la particularidad de circunstancias que proviene de ella y hasta con las condiciones del mundo físico, de la tierra y el cielo que ponen marco infranqueable a tantas posibilidades humanas, no digamos el establecimiento positivo, pero ni siquiera la concepción de un orden jurídico recto y operante, con verdadera capacidad de vida puede ser obra sólo de la ciencia, así se comprenda en esta denominación todas las formas del saber humano, desde la filosofía hasta la más especializada de las ciencias prácticas. De la ciencia vendrá la determinación de los principios, de las exigencias universales y necesarias de la realidad inteligible y hasta la prevención de que deben ser tomadas en consideración las exigencias propias de lo sensible y de la particularidad, pero nada más. El discernimiento concreto de estas últimas exigencias, sin el cual no se le obtienen a las esencias las condiciones de existencia que le son indispensables, ya no es de la ciencia, es de la prudencia, ya no es ciencia jurídica sino arte político. Es deber de la ciencia del derecho señalar la misión propia de este último porque a él le está librada la última perfección del orden jurídico: la perfección consistente en corresponder en cada caso, en cada lugar y en cada época a las posibilidades de cada una de esas especies de particularidad.

Los actos de legislar y juzgar como actos de la virtud de prudencia

La función legislativa y la judicial están colocadas en un punto intermedio que debe comunicar a un mismo tiempo con la eminencia de los principios y con todas las sinuosidades de lo concreto. La consideración de algunos aspectos de ellas puede concluir de mostrar el modo de inherencia de los principios en lo concreto, la relación vital de lo absoluto con lo contingente en la realidad jurídica que es el derecho positivo.

El análisis de la virtud de prudencia que debe regir la tarea legislativa y la judicial, conduce a la intimidad de esta cuestión. Porque la esencia de esta virtud corresponde a la complejidad de la naturaleza con la cual deben operar el legislador y el juez. En la distinción tradicional de las virtudes en morales e intelectuales, según correspondan a la rectificación de las actividades de la voluntad o a las de la inteligencia, la prudencia ocupa un lugar en el

(*) Extractado del libro “La justicia y el derecho”, del Dr. Tomás D. Casares (Ed. CCC, 2ª. ed. Año 1945, págs. 235/42). Un doble propósito nos lleva a transcribir estas páginas: por una parte rendir un sincero homenaje a su autor, y por la otra, que sirvan de explicación al título elegido para nuestra revista. (N. de la D.).

cual es a un tiempo virtud moral y virtud intelectual, hábito recto del discernimiento especulativo y hábito recto de la acción regida por ese discernimiento. Lo que quiere decir que no se trata de un discernimiento pura y exclusivamente especulativo, sino especulativo práctico, porque está determinado y especificado por las necesidades de la acción. Es, pues, una consideración de los principios —faz especulativa—, relativa a la dirección que ellos hayan de ejercer con respecto a la acción —faz práctica—. Pero no a la acción indeterminadamente considerada, sino a un acto preciso en circunstancias particulares no menos precisas. Por eso la virtud de prudencia es la virtud por excelencia en orden a la dirección concreta de la conducta, pues conjuga en un mismo hábito, 1º la atención debida en todo acto moral a los principios, ya que la rectitud moral del acto está primordialmente condicionada por el discernimiento lúcido de los principios en que se expresa la dirección por la cual la conducta ha de llegar al fin propio del hombre como tal; 2º el enderezamiento de todas las potencias requerido para que se haga efectiva y se traduzca en acto la respectiva decisión; y 3º lo que podríamos llamar el sentido de la conformación del acto particular con la sollicitación eminente de los principios, que es algo así como un sentido de las posibilidades que la materia ofrece en el caso concreto a la actuación informante de los principios sobre ella.

Y bien, la ley es el fruto de la virtud de prudencia de quien tiene el regimiento de la comunidad, en orden a la regulación de la vida en común; porque la ley debe conformarse al mismo tiempo con los principios primeros de la justicia, esto es, con el derecho natural y con todo lo que es circunstancialmente requerido por el modo accidental de ser del lugar y de la época. Legislar es sujetar, mediante un orden, el movimiento de la convivencia, que proviene de la libertad de quienes conviven, a la finalidad natural y permanente de la sociedad como tal, y a través de ella, a la de las personas que la integran, pero con sujeción a lo que consientan y requieran las circunstancias. Porque la primera condición de la posibilidad de ordenar algo es que el orden que se le imponga contemple su modalidad y su índole en todas sus particularidades. Y esto ya no es traducción pura y simple de los principios en lo concreto; aquí aparece la soberanía del legislador —la única lícita soberanía del legislador—, porque hay numerosas maneras concretas de realizar la justicia en el ordenamiento de una determinada realidad social. Por lo cual, la última instancia del acto legislativo es una elección del legislador. Sólo que si la obra legislativa está presidida por la prudencia —en el sentido que se acaba de explicar, y no por cierto en el de una inferior compaginación de todos los intereses, que es el sentido que comúnmente se le atribuye—, la libertad de la elección será una libertad iluminada por una disposición de reverencia con respecto a los principios.

Pero no obstante esa debida adecuación a lo particular y a lo concreto, la ley no puede no ser una norma general. El último acto de la inserción rectificante del derecho en la realidad es el acto judicial que decide la contienda relativa al derecho que efectivamente asiste a cada uno de los miembros de la colectividad. También debe ser la prudencia la virtud específica del acto judicial, porque la ley es para el juez lo que los principios primeros de la justicia para el legislador, y la sentencia pone en el caso particular que decide, un orden análogo al que pone la ley en la particular comunidad para la cual es dictada; un orden que debe contemplar todas las modalidades de la situación que constituye la materia de la litis, esto es, que debe modelar, análoga-

mente a la ley, la materia de una particularidad concreta. Punto en el cual la decisión ya no viene de la ley sino del arbitrio del juez, si bien impregnado éste, merced a la virtud de prudencia, precisamente, por la intención de la ley, que la sentencia debe hacer prevalecer y manifestarse en la singularidad del caso que decide. “Cuando los hombres dudan del medio justo —dice Aristóteles, en un pasaje famoso—, recurren al juez, y esto es como si recurriesen a lo justo mismo, porque el juez *debe ser* a modo de lo justo animado”. Es tan particularmente relativa a lo individual y lo concreto la decisión judicial que, en un cierto sentido, la justicia debe venirle al través de ese modo eminentemente concreto y como encarnado de ella, que es la disposición de justicia de que el juez esté animado.

“Para que haya en todas las cosas un juicio recto —enseña Sto. Tomás—, son requeridas dos condiciones, una de las cuales se confunde con la virtud misma que profiere el juicio. En este sentido el juicio es un acto de la razón, de la cual es el oficio de enunciar o de definir. La otra condición concierne a la disposición de quién juzga, según la cual es apto para juzgar correctamente. Es así que en materia de justicia el juicio procede de la virtud de justicia, como procede de la fortaleza en todo lo que concierne a esta virtud. El juicio es, pues, el acto de la justicia, en cuanto inclina a juzgar exactamente, y de la prudencia en cuanto pronuncia el juicio. De ahí que el buen sentido moral, que pertenece a la prudencia es llamado virtud de buen juicio”(1).

La inserción vital de la formalidad de justicia en la materia concreta de cada una de las sociedades humanas, según las conveniencias de las épocas a través de las cuales transcurre su devenir, trae consigo un afianzamiento fundamental del verdadero ser de las sociedades así constituidas. Consolidación de su ser gracias a la cual la agitada movilidad que les imprime la libertad humana y que, tiende de por sí a la disolución y al aniquilamiento, no prevalece contra él. De esa inserción vital se sigue un orden verdaderamente natural que, en cuanto tal, es la mejor defensa de sí mismo. La dependencia en que el hombre no puede dejar de hallarse por la fragilidad de su naturaleza ha de ser tal que quede reducida a un *mínimum* la posibilidad, siempre en acecho, de que mediante ella sea el hombre supeditado al arbitrio de quien se la presta. Puestas las cosas en el orden natural, esa defensa y ese resguardo lo procura no el ingenio de tal o cual régimen de humano invento, sino la naturaleza misma de las cosas ordenadas. Poner, en cambio, el ideal en una solución que no corresponda al quicio natural de toda sociedad humana necesaria y toda especie de relación de los hombres entre sí, por perfecto que parezca el mecanismo de provisiones, de compensación de fuerzas y de equilibrio de libertades, es dejar indefensamente suspendido del arbitrio humano el ideal y la solución.

Por eso, si bien nada viviente hará el derecho cuando no sea el que requiere circunstancialmente el lugar, la época y la finalidad particular que se procura, la primera condición de una eficacia jurídica vital será siempre la conformidad del derecho de que se trate con el orden natural; vendrá siempre por el camino de un reconocimiento activo de la eminencia del derecho natural. Reconocimiento activo, es decir, que lo entrañe en el derecho positivo, como principio especificante y formal.

(1) 2ª, 2ª, q. 60, art. 1.

Hasta la decisión judicial, ese último extremo del proceso de inherencia de los principios en lo concreto, porque es ordenamiento sobrepuesto a la contienda de los derechos individuales, es decir, a lo más particularizado que hay en las contingencias de la vida jurídica, está presidida, de un modo actual e inmediato, por la eminencia del derecho natural. Si la ley contiene la decisión del caso, la prevalencia aludida puede llegar a imponerle al juez la obligación de no aplicarla cuando la solución sea substancialmente injusta. Nuestro derecho positivo consagra ese deber, porque cuando el art. 31 de la Constitución manda que se aplique lo primero de todo la Constitución misma, manda que sea procurada una de sus finalidades esenciales, expresada en su texto: la de afianzar *la justicia*. Y si no hay solución en la ley, es decir, si es oscura o guarda silencio sobre el caso, también nuestro derecho positivo remite en definitiva al juez al derecho natural al remitirlo en el art. 16 del Código Civil, a los principios generales del derecho...”.

TOMÁS D. CASARES

JURISDICCION INTERNACIONAL DIRECTA E INDIRECTA

I N D I C E

- I. Jurisdicción internacional en general.
 - 1) Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones (conflicto de leyes materiales y de leyes procesales).
 - 2) Jurisdicción internacional y competencia interna.
 - 3) Carácter de las normas sobre jurisdicción internacional.
- II. Jurisdicción directa e indirecta.
 - 1) Diferencia estructural.
 - 2) Diferencia teleológica.
- III. Jurisdicción directa.
 - 1) Principios generales.
 - a) Principio del paralelismo (Asser).
 - b) Principio del Derecho decisivo (von Bar).
 - c) Principio del domicilio.
 - d) Principio del fuero internacional del patrimonio.
 - e) Prórroga de jurisdicción.
 - 2) Principios especiales.
- IV. Jurisdicción indirecta.
 - 1) Interpretación de las normas sobre jurisdicción internacional directa a los efectos del requisito de jurisdicción indirecta del reconocimiento de una sentencia extranjera.
 - a) Jurisdicciones internacionales directas múltiples.
 - b) Jurisdicciones internacionales directas únicas.
 - 2) Reglamentación específica de la jurisdicción internacional indirecta.
 - a) Reglamentación positiva.
 - b) Reglamentación negativa.
 - a') Orden público internacional procesal.
 - b') Falta de razonabilidad.
- V. Conclusiones.

Apéndice.

I

JURISDICCION INTERNACIONAL EN GENERAL

1) *Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones*

Conflicto de leyes y conflicto de jurisdicciones son dos términos complementarios, lo que se pone en evidencia con mayor claridad si, precisando los términos, se opone el conflicto de leyes materiales (civiles y comerciales) al conflicto de leyes procesales en materia de jurisdicción.

El problema de la jurisdicción internacional se plantea sólo con respecto a un litigio con elementos extranjeros. Estos elementos extranjeros deben justificar la intervención de diversos países; en cambio, es irrelevante si se dan en el caso litigioso elementos extranjeros que pueden justificar la intervención de diferentes derechos. Es posible que se den ambas clases de elementos o sólo una de ellas. Hay que distinguir, por ende, el *caso mixto* que provoca el problema de Derecho Internacional Privado (DIPr.) en sentido estricto, o sea el del Derecho aplicable, y el *litigio mixto* que da lugar al problema de la jurisdicción internacional: ¿Los jueces de qué país son los competentes? Si por ejemplo nos encontramos con un contrato internacional, los puntos de conexión en el DIPr. argentino son los domicilios de las partes, su autonomía de elegir el Derecho aplicable y los lugares de celebración y cumplimiento del contrato (artículos 6, 7, 948, 1205 a 1214 del Código Civil). Si en el caso concreto estos lugares se hallan en países diversos, el supuesto es un caso mixto de DIPr. Al contrario, los factores determinantes de la jurisdicción internacional son la prórroga de jurisdicción, el domicilio del demandado al entablar el actor la demanda y el lugar de cumplimiento del contrato (artículo 1º de la ley 17.454, en la redacción que le fue dado por la ley 21.205; artículos 1215 y 1216 del Código Civil). Si estos lugares se colocan en diversos países, el litigio es un litigio mixto. Es fácil darse cuenta que según las circunstancias pueda haber caso mixto sin litigio mixto, el último sin el primero y ambos a la vez.

2) *Jurisdicción internacional y competencia interna*

De ser el litigio mixto, o sea, pues, compuesto de factores determinantes de jurisdicciones de diferentes países, las normas sobre jurisdicción internacional indican el *país* a cuyos jueces corresponde la jurisdicción.

Conociendo el país cuyos jueces deben actuar, nos queda por saber qué juez concreto en este país debe actuar, teniendo en cuenta sus diferentes jurisdicciones (por ejemplo, federal y provincial), la competencia por la materia (civil, comercial, laboral, etc.) y por el grado (verbigracia jueces municipales y jueces de primera instancia) y la competencia territorial (juez del domicilio del demandado, de la situación del inmueble, etc.). Una vez en marcha un litigio, interesa también la llamada competencia funcional (juez de ulterior instancia). Todos los problemas competenciales han de resolverse por las normas procesales internas del país al que corresponde la jurisdicción internacional.

3) *Carácter de las normas sobre jurisdicción internacional*

Las normas sobre jurisdicción internacional pueden ser de fuente nacional o internacional según que quepa encuadrarlas en una ley o en un convenio. De ser estas normas nacionales, habría de aclarar todavía si son de carácter federal o provincial. Este particular no sólo es importante desde el punto de vista constitucional, toda vez que según el carácter federal o provincial de las normas el órgano legislativo es diferente. El problema es igualmente de trascendencia desde la óptica procesal, ya que muchas veces la violación de normas federales por los jueces inferiores puede ser corregida con recursos especiales. Dentro de este orden de ideas es menester poner de realce que en realidad el contenido de las normas sobre jurisdicción internacional pertenece al Derecho Internacional Público⁽¹⁾: se trata de deslindar las esferas jurisdiccionales de los diversos países. El legislador nato para esta tarea sería la comunidad internacional; pero ésta muchas veces deja de desempeñar sus funciones encomendando su desempeño a sus miembros, o sea a los países singulares. Este procedimiento se apellida, siguiendo a Scelle, "le dédoublement fonctionnel". Por otro lado, como las relaciones internacionales en estados federales son adjudicadas a la competencia federal, normas sobre jurisdicción internacional deben legislarse por los órganos federales, y su violación puede ser corregida mediante los recursos especiales que protegen la legislación federal (en la Argentina, por ejemplo, el recurso extraordinario de apelación del artículo 18 de la ley 48).

II

JURISDICCION DIRECTA E INDIRECTA

1) *Diferencia estructural*⁽²⁾

Las normas sobre jurisdicción internacional se subdividen en dos clases. Por un lado, nos encontramos con normas unilaterales que, dirigidas a nuestros jueces, les indican cuándo gozan de esta jurisdicción y les ordenan a admitir la demanda y, en su caso, a entrar en el examen del fondo del juicio. Por el otro lado, hallamos normas omnilaterales que indican en general al país cuyos jueces poseen en determinado asunto jurisdicción internacional; estas normas no se dirigen a estos jueces y tampoco a sus países: dan a nuestros jueces las pautas para que juzguen la jurisdicción del juez extranjero en la tramitación del reconocimiento y de la ejecución de sentencias extranjeras. Se habla en el primer supuesto de jurisdicción directa y en el segundo de jurisdicción indirecta⁽³⁾. Las normas unilaterales tienen una función determinativa, las omni-

(1) V. Werner Goldschmidt, *Sistema y filosofía del DIPr.*, segunda edición, Ejea, Buenos Aires, III, 1954, p. 71.

(2) V. W. Goldschmidt, *El S.O.S. del DIPr. clásico y otros ensayos*, Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1979, p. 35 y s.

(3) *Bartin Principes de Droit International Privé*, Paris, Domat-Montchrestien, t. I, 1930, § 127, p. 315. Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, Mohr, Tübingen, 1932 habla de jurisdicción "hipotética", p. 387, nota 4 y p. 433.

laterales una función meramente valorativa. En efecto, las normas unilaterales contienen un deber de actuar de los jueces propios, mientras que las normas omnilaterales de la especie descrita sólo comprenden un deber ser que no despide en ningún momento un deber de actuar de los jueces extranjeros o de los países a que pertenecen. Nuestro legislador ha reglamentado ambas clases de normas promiscuamente —por ejemplo, en los artículos 1215 y 1216 del Código Civil— o se ha limitado a emitir normas unilaterales —por ejemplo, en el artículo 104 de la Ley Matrimonial—, lo que obliga a su omnilateralización cuando se enfoca la jurisdicción internacional indirecta⁽⁴⁾. Lo que pasa es que muchas veces las normas omnilaterales resultan insuficientes. Si por ejemplo el artículo 3284 del Código Civil argentino declara dotados de jurisdicción internacional a los jueces del último domicilio del causante, esta regla es razonable como norma unilateral, ya que ofrece la ventaja de que juez competente y Derecho aplicable (artículo 3283 del Código Civil) coinciden (teoría del paralelismo). Al contrario, carece de sentido rechazar una sentencia alemana en materia sucesoria, porque el juez alemán no era el juez del último domicilio, habiendo sido, en cambio, el juez de la última nacionalidad del causante, si en Alemania se aplica a la herencia el Derecho de la última nacionalidad del causante. Si las normas sobre jurisdicción, directa e indirecta, se encuentran en un Tratado —como por ejemplo los arts. 56 y ss. de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940— las normas sobre jurisdicción que para el juez del exequatur son indirectas (juzga mediante ellas la jurisdicción del juez de la causa) para el juez de la causa eran directas (debía acatarlas por haber ratificado su país el Convenio).

2) Diferencia teleológica

Las normas de jurisdicción directa poseen diversa finalidad que las de la jurisdicción indirecta. Las primeras tienen por fin evitar la *efectiva privación de justicia*. Ningún litigio debe quedarse sin juez competente. Si el legislador es el legislador nacional, ignorando si países extranjeros ofrecen a las partes un juez competente, brinda a ellas el máximo de oportunidades. Si el legislador es internacional intenta dar a las partes a un juez dentro de la comunidad internacional convencional. La jurisdicción indirecta, en cambio, desea *asegurar la eficacia de una sentencia firme*. Una condición de esta eficacia es la jurisdicción internacional del juez que inició el juicio. Aquí no se trata de evitar la privación de justicia. Al revés, se hizo ya justicia. Su finalidad está en evitar la concesión indebida de justicia, la cual se daría, si el juez de la causa hubiese invadido la jurisdicción del juez requerido. Si el juez requerido actúa sobre una base nacional, sólo protege su propia competencia exclusiva, aunque podría parecer justo que amparase igualmente la jurisdicción exclusiva análoga de un tercer país. Si el juez requerido aplica un tratado, defiende las competencias exclusivas de cualquier Estado-Miembro.

(4) V. James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 1925, ps. 227 y ss. Sobre deber ser y deber de actuar v. Werner Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, sexta edición, Depalma, Buenos Aires, 1978, número 410.

III

JURISDICCION DIRECTA

1) Principios generales

a) Principio del paralelismo (Asser)

Según Asser⁽⁵⁾, cuyo principio entró en los artículos 56 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional, hay que considerar competentes a los jueces de los países cuyo Derecho resulta aplicable al fondo del proceso. Este principio tiene una base de conveniencia, ya que el juez del país cuyo Derecho es aplicable, es el juez que mejor conoce el Derecho aplicable. De ninguna manera se formula este principio como de competencia exclusiva, ya que ello implicaría la negación de la extraterritorialidad de la ley extranjera: el juez de Módena sólo habría de aplicar el Derecho de Módena. Este principio se llama "el principio del paralelismo" (de ley aplicable y de juez competente).

El principio del paralelismo⁽⁶⁾ no funciona debidamente, si al iniciarse el proceso no se sabe aún cuál es el Derecho aplicable. Se trata, por ejemplo, de un contrato internacional al que se aplica el Derecho del lugar de su cumplimiento; y las partes están en desacuerdo sobre el lugar convenido. En esta hipótesis sólo la sentencia, evaluando la prueba propuesta y practicada, arroja luz sobre el Derecho aplicable. Pero la jurisdicción internacional del juez debe constar desde un principio. En otros casos el principio del paralelismo no alcanza su fin. En efecto, con frecuencia en un solo caso de DIPr. han de aplicarse varios Derechos. Pero es obvio que la jurisdicción no puede sin residir en el juez de uno solo de los países cuyos ordenamientos jurídicos habrán de aplicarse. Este juez sabrá bien su propio Derecho, pero no los Derechos extranjeros.

b) Principio del Derecho decisivo (von Bar)

Von Bar⁽⁷⁾ rechaza el principio del paralelismo como una tesis imposible que destruye todos los fundamentos del DIPr. actual.

Al contrario, von Bar proclama que aquellos tribunales han de resolver el caso cuya legislación ha dado a la acción litigiosa su última forma decisiva⁽⁸⁾.

El principio de von Bar supone el siguiente orden lógico: Derecho aplicable-Juez competente. Pero en realidad hay que partir del juez competente, porque es su DIPr. que determina el Derecho material que dará a la acción su última forma decisiva. Un contrato internacional recibe su forma decisiva por la legislación del país de su celebración o por la del país de su cumpli-

(5) Asser, DIPr. Madrid, La España Moderna, número 71, p. 176. V. también Asser, en Revue de droit international et de législation comparée, t. I, ps. 473 y ss. (v. V. Erwin Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, Gruyter, 1949, ps. 217 y ss.).

(6) V. W. Goldschmidt, Sistema y filosofía..., l. c., ps. 74, 75.

(7) Von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, segunda edición, t. II, 1889, ps. 427 y ss.

(8) Die Gerichte desjenigen Staates haben zu entscheiden, dessen Gesetze dem in den Streit gebrachten an ruch die letzte massgebende Gestalt gegeben haben".

miento, según que el DIPr. del juez competente declara aplicable un Derecho o el otro. El sistema de von Bar sólo funcionaría, si hubiese, o en la medida en que haya, normas indirectas de vigencia internacional.

c) *Principio del domicilio*

Puede considerarse un principio general en el Derecho de la jurisdicción internacional el que la adjudica a los jueces del país en el que el demandado tenga su domicilio. El Derecho competencial de este país puede luego completar la norma acerca de la jurisdicción internacional por una de Derecho Procesal interno referente a la competencia territorial que escoge de entre los jueces del país en donde el demandado tiene su domicilio, al juez del lugar en el cual lo tiene. Hallamos la regla del domicilio en los párrafos segundos de los artículos 56 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 y en el artículo 323 del Código Bustamante. La regla favorece tanto al demandante como al demandado: al primero porque, caso que gane el juicio, encuentra con gran probabilidad bienes del demandado en los cuales puede hacer presa; al demandado, porque le brinda la comodidad de litigar ante el juez de su propio domicilio.

Algunas veces, habiendo una gran preponderancia de poder a favor del demandado, la norma concede al actor entablar demanda ante los jueces del país donde se encuentra su propio domicilio a fin de equilibrar de alguna manera las fuerzas procesales en pugna (v. Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, artículo 13 referente a los aseguradores de seguros terrestres o sobre la vida).

Si en defecto de domicilio del demandado la jurisdicción internacional se contenta con la residencia del mismo —así el artículo 323 del Código Bustamante—, la única finalidad consiste en evitar una efectiva privación de justicia, ya que las esperanzas del actor victorioso de hallar patrimonio en la residencia del demandado pueden ser ínfimas.

d) *Principio del fuero internacional del patrimonio*

En varios países —en Alemania (§ 23 Código Procesal Civil), Austria (Jurisdiktionsnorm, § 99, párrafo 1º)— se establece, si el demandado carece de domicilio, jurisdicción internacional para acciones patrimoniales, si el demandado posee patrimonio en el país⁽⁹⁾. Si el patrimonio se compone de créditos, el patrimonio se halla en donde el deudor tiene su domicilio. Si la acción interesa la entrega de una cosa, el patrimonio determinante de la jurisdicción internacional se encuentra donde se halla esta cosa.

En la Argentina el fuero internacional del patrimonio aparece en el artículo 16 de la ley 14.394 que admite la declaración de ausencia por un tribunal argentino, si el ausente tiene bienes en la República, aunque no haya tenido en ella ni el último domicilio, ni la última residencia. Otro caso encontramos en la ley de bancarrota, número 19.551, que concede la apertura de un con-

⁽⁹⁾ V. Riezler, l. c., referente a Alemania p. 220; referente a Austria, p. 259. Riezler (p. 220, nota 3) alega contra el fuero internacional de patrimonio la relativa facilidad de fundarlo fraudulentamente. Abusos de este tipo se encuentran en la jurisprudencia austríaca.

curso, si hay bienes en el país, si bien el domicilio del fallido no se hallase en la República (artículo 2º, inciso 5º). Con respecto a la jurisdicción internacional para herencias con bienes reletos en la Argentina y último domicilio del causante en el extranjero, la jurisprudencia está dividida⁽¹⁰⁾.

e) Prórroga de jurisdicción

El artículo 56 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 no prevé la prórroga de la jurisdicción internacional. En 1928 estatuye el Código Bustamante, en su artículo 318, lo que sigue: "Será en primer término juez competente para conocer de los pleitos a que dé origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos sea nacional del Estado contratante a que el juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación". El Tratado de Montevideo de 1940 añade al artículo 56 un tercero y un cuarto párrafo que disponen lo que sigue: "Se permite la prórroga territorial de la 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". Cuando el Tratado exige una manera "positiva" de admisión de la prórroga, se opone al modo "ficto". "Manera positiva" significa, pues, "manera real" y abarca las maneras expresa y concluyente.

Hay que deslindar de la prórroga propiamente dicha la determinación de la jurisdicción a favor de un país, si la norma faculta al actor a elegir entre los tribunales de varios. Si verbigracia el Código Civil argentino permite al actor en un litigio sobre un contrato internacional a elegir entre los jueces del país en el que el demandado tiene su domicilio y los del país en el que el contrato ha de cumplirse, la deducción de la demanda ante los jueces de uno o de otro país no constituye una prórroga de jurisdicción, sino la determinación del país en un caso en el que la norma pone a elección del actor varios países. Esta determinación electiva puede hacerse tanto por acuerdo de las partes concertado con anterioridad a la deducción de la demanda, como por el acto unilateral del actor de incoar la demanda ante el juez del país de su elección. No siendo la determinación electiva una prórroga de jurisdicción, las disposiciones referentes a la última no se aplican a la primera. Aunque verbigracia la prórroga sólo fuese admisible haciéndola mediante cláusula compromisoria o sólo por medio de compromiso, la determinación electiva puede efectuarse de todas maneras tanto antes del estallido de la controversia como después.

La prórroga de jurisdicción, por consiguiente, en sentido estricto consiste en el acuerdo de las partes de adjudicar jurisdicción internacional a los jueces de un país que no la tiene ya en virtud de una norma (convencional o legal) aplicable. Este acuerdo puede llevarse a efecto con anterioridad al estallido

(10) Contra la jurisdicción argentina el caso González de Pettorutti, s. 3. VI. 1973, Cám. 1ª de Apelación de La Plata, Sala III, en mi DIPr., l. c. número 357, p. 433; a favor el caso Rinaldi Blas, s. 27. V. 1977, Cám. Nac. Civil Cap. Federal, Sala C, en La Ley, fallo 75.119, diario del 30.XI.1977.

de la controversia o después. Si la primera hipótesis enfoca un acuerdo concertado simultáneamente con la celebración del contrato con miras al que surge más tarde la controversia, se habla de cláusula compromisoria por la sencilla razón de que la prórroga se instrumenta como una cláusula del contrato principal. Ello, sin embargo, no es imprescindible, toda vez que nada obsta a que las partes convengan la prórroga por acuerdo independiente entre la celebración del contrato principal y el estallido de la controversia. La segunda hipótesis visualiza un acuerdo de prórroga concertado después del estallido de la controversia; ello ocurre siempre mediante un compromiso. El Derecho argentino, con evidente contradictoriedad, impone la cláusula compromisoria como forma general de la prórroga (artículo 1º del Código Procesal en lo Civil y Comercial de la Nación, redactado con arreglo a la ley 21.305), mientras que impone el compromiso en el supuesto de prórrogas en materia marítima (art. 621 de la ley 20.094). Se considera la cláusula compromisoria como más peligrosa que el compromiso, ya que aquélla ignora aún la trascendencia de la controversia, mientras que el segundo se hace ya con pleno conocimiento de la misma. La cláusula compromisoria infringe la regla del puño: "Look before you leap!".

2) Principios especiales de jurisdicción

Las codificaciones del problema de la jurisdicción suelen contener reglas especiales. Así por ejemplo establece el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 que la declaración de ausencia debe solicitarse ante el juez del último domicilio del presunto ausente (art. 57), que el juicio sobre capacidad e incapacidad de las personas para el ejercicio de los derechos civiles debe seguirse ante el juez de su domicilio (art. 58), que serán competentes para resolver las cuestiones que surjan entre esposos sobre enajenación u otros actos que afecten los bienes matrimoniales los jueces del lugar en que estén ubicados los bienes (art. 63), que los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte, se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios (art. 66), etc. Como el Tratado no admite la prórroga de jurisdicción, todas estas jurisdicciones son únicas. Para la jurisdicción directa no hay diferencia entre jurisdicción única y jurisdicción exclusiva. Veremos más adelante que la situación es diversa para la jurisdicción indirecta.

IV

JURISDICCION INDIRECTA

Hay que distinguir entre una reglamentación especial de la jurisdicción internacional a los efectos de las normas sobre reconocimiento de sentencias extranjeras y la falta de tal reglamentación, en cuyo caso las normas sobre reconocimiento de sentencias extranjeras se contentan con establecer como uno de los requisitos del reconocimiento la observación de las disposiciones sobre jurisdicción internacional (scilicet directa). Así proceden por ejemplo los artículos 5º incisos a), de los Tratados de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 y de 1940 y el artículo 423, inciso 1º, del Código Bustamante.

1) *Interpretación de las normas sobre jurisdicción internacional directa a los efectos del requisito de jurisdicción internacional indirecta del reconocimiento de una sentencia extranjera*

Vimos abajo (II, 2) que las normas sobre jurisdicción internacional directa obedecen a finalidades diversas que las referentes a la jurisdicción indirecta. Esta diversidad provoca una interpretación particular de las primeras con miras a esta última. Esta hermenéutica particular aparece sobre todo en el supuesto de las jurisdicciones internacionales directas múltiples y de las jurisdicciones internacionales directas únicas.

a) *Jurisdicciones internacionales directas múltiples*

De ahí sigue, en efecto, que, si la regla adjudica jurisdicciones internacionales directas múltiples de las que por lo menos una puede corresponder a los jueces de un país extranjero, el país adjudicatario se desinteresa de este asunto; y no tendrá inconvenientes en admitir sentencias extranjeras no sólo si salen de uno de los países mencionados, sino inclusive si surgen de otros países. Si la Argentina, por ejemplo, admite una sentencia del juez del país extranjero del domicilio del demandado o del juez del país extranjero donde el contrato se cumple (artículos 1215, 1216 del Código Civil) ¿qué inconveniente habría en aplicar también una sentencia dictada por el juez de un país extranjero en el cual se halla el lugar de la celebración del contrato? En otras palabras, la jurisdicción internacional directa múltiple no equivale a una jurisdicción internacional indirecta exclusiva, sino, al contrario, implica su renuncia. Quien admite la sentencia de un solo país extranjero, admite, en principio, la de cualquier Estado extranjero.

b) *Jurisdicciones internacionales directas únicas*

Si la reglamentación contiene jurisdicciones internacionales directas únicas, no todas ellas son exclusivas a los efectos del reconocimiento de sentencias extranjeras. Son exclusivas sólo aquellas jurisdicciones internacionales directas únicas que integran el orden público internacional procesal. En efecto, el Tratado de Montevideo de 1889 del Derecho Civil Internacional concentra en su art. 57, verbigracia, la declaración de ausencia en el juez del último domicilio del presunto ausente. ¿Hay algún inconveniente en reconocer también una sentencia dictada por el juez del país de la última residencia, aún conociéndose el último domicilio, de suerte tal que no juega la ficción del artículo 9, según la cual desconociéndose el domicilio se finge que el mismo se halla en el lugar de la residencia? O ¿por qué no podría reconocerse una sentencia sobre bienes matrimoniales dictada por el juez del domicilio conyugal en lugar del de la situación de los bienes (artículo 63)?

Una auténtica jurisdicción internacional directa única equivalente a una jurisdicción internacional indirecta exclusiva contiene el artículo 104 de la ley argentina número 2393 (Ley Matrimonial) que establece para acciones matrimoniales personales la jurisdicción internacional directa del último domicilio conyugal, ya que la Argentina quiere controlar con respecto a los matrimonios que viven en su territorio los problemas de la nulidad y del divorcio. Para matrimonios cuyo último domicilio conyugal no se encuentra en la Argentina la citada disposición establece una jurisdicción internacional directa única en la Argentina, si en ella se había celebrado el matrimonio; pero esta jurisdicción no es equivalente a una jurisdicción internacional indirecta exclusiva.

2) *Reglamentación específica de la jurisdicción internacional indirecta*

La reglamentación específica de la jurisdicción internacional indirecta puede hacerse de manera positiva y de manera negativa.

a) *Reglamentación positiva*

Ella consiste en la reglamentación de los requisitos del reconocimiento de sentencias extranjeras enumera los casos en los que el juez del reconocimiento debe admitir la jurisdicción internacional indirecta del juez de la sentencia.

Tenemos un ejemplo de este tipo en la Convención franco-española sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y arbitrales y sobre actos auténticos en materia civil y comercial del 28 de mayo de 1969 y que entró en vigencia el 29 de marzo de 1970⁽¹¹⁾. Los autores de esta Convención no han distinguido normas de jurisdicción internacional directa única y la indirecta exclusiva.

Distinguiendo con la nitidez necesaria entre jurisdicción internacional directa única y la indirecta exclusiva, no hay inconvenientes contra la reglamentación positiva que satisface fines de seguridad jurídica, pero que incurre en el riesgo de omitir hipótesis.

b) *Reglamentación negativa.*

Creemos preferible acudir a cláusulas generales. Ellas deben enfocar dos supuestos: la infracción del orden público internacional procesal y la falta de razonabilidad.

a') *Orden público internacional procesal*

Cada país se reserva en determinados asuntos la jurisdicción internacional directa única equivalente a la jurisdicción internacional indirecta exclusiva, por ejemplo para acciones reales referentes a inmuebles parte del territorio nacional.

Es obvio que cada país se opone a que los demás Estados invadan su jurisdicción exclusiva.

Si las reglas sobre reconocimiento de sentencias extranjeras son de fuente internacional, cada Estado debe igualmente proteger la jurisdicción exclusiva de los demás Estados-Miembros de la Convención.

Es aconsejable que un país ampare inclusive la jurisdicción exclusiva de un tercer Estado, si la aprueba como tal.

b') *Falta de razonabilidad*

Pero aunque una sentencia extranjera no infringiese la jurisdicción exclusiva de ningún tercer Estado, el juez del reconocimiento debería denegarlo, si la jurisdicción del juez de la sentencia carece de todo fundamento razonable. Si por ejemplo un juez juzga en una acción personal, porque el demandante había sido alguna vez ciudadano del Estado del juez, la sentencia no merece reconocimiento, aunque ningún Estado reclamaría jurisdicción exclusiva.

⁽¹¹⁾ Revue Critique de Droit International Privé, t. 59, 1970, número 2, ps. 327 y ss. V. artículo 7 de la Convención.

CONCLUSIONES

I. La jurisdicción internacional es el conjunto de normas nacionales o internacionales que indican el *país* cuyos jueces habrán de tramitar una demanda.

Las normas de este país designarán al juez concreto a quién corresponde actuar.

II. Si se pregunta por el país cuyos jueces *deben tramitar* una demanda, se habla de jurisdicción internacional *directa*. Si se pregunta por el país cuyos jueces *deberían haber tramitado* una demanda, en el país del que se exige el reconocimiento o ejecución de la sentencia extranjera que resuelve sobre la demanda, se habla de jurisdicción internacional *indirecta*. La primera quiere evitar la efectiva privación de justicia, la segunda la invasión de la jurisdicción internacional del país al que se pide la prestación de auxilio judicial internacional o, habiendo tratado, la invasión de la jurisdicción internacional de cualquier Estado-Miembro.

III. Por ello, hay que reglamentar separadamente las normas de la jurisdicción internacional directa y las de la jurisdicción internacional indirecta. En la primera reglamentación rige la generosidad, en la segunda la parquedad.

IV. En la jurisdicción internacional directa hay principios generales. Pero no existe un principio generalísimo del que se podrían deducir los principios especiales. Tales principios generales establecen, por ejemplo, la jurisdicción internacional directa para los jueces de los países en los que se encuentra el domicilio del demandado (algunas veces, del demandante) o el patrimonio del demandado o para los que han sido elegidos por las partes. En este último orden de ideas hay que distinguir entre la determinación electiva de la jurisdicción internacional y la prórroga de la misma en sentido estricto. En cuanto a reglas especiales, ellas pueden ser múltiples o únicas; si son únicas, no son necesariamente exclusivas.

V. La jurisdicción internacional indirecta cuya existencia es un requisito del reconocimiento de una sentencia extranjera, no falta, porque el juez que dictó la sentencia no se basa en una jurisdicción internacional múltiple prevista en el Derecho del juez del reconocimiento. Tampoco falta necesariamente si el juez que dictó la sentencia no es el mencionado en una jurisdicción internacional única del ordenamiento del juez del reconocimiento. Hablando de manera positiva, el juez de la sentencia carece de jurisdicción internacional indirecta, si invade la jurisdicción internacional directa del juez del reconocimiento o la de cualquier juez de un Estado Miembro de un Convenio. También adolece el juez de sentencia de jurisdicción internacional indirecta, si su actividad carece de toda base razonable.

A P E N D I C E

Resultado del Seminario convocado por la Organización de Estados Americanos en Washington en Abril de 1980 sobre temas de Derecho Procesal Internacional.

Relato sobre el tema: Jurisdicción internacional

El tema de la Jurisdicción internacional (J. i.) constituía el primer tema de la reunión de expertos de la OEA, que tuvo lugar en la sede de ésta en abril, desde el 8 hasta el 15.

El tratamiento del tema se desarrollaba en tres etapas: su preparación documental, las reuniones y sus resultados.

I

PREPARACION DOCUMENTAL

Hay que distinguir entre el Cuestionario de la Consultoría Jurídica y las contestaciones al mismo, por un lado, y la presentación de documentos, por el otro.

1) *El Cuestionario de la Consultoría Jurídica y las contestaciones (IRE/doc. 4/80, rev. 1 y add. 1).*

a) *Cuestionarios y comentarios al mismo*

El Cuestionario contiene una serie de preguntas, que, aunque resultan de cierto modo independientes una de la otra, no carecen de interdependencia. La primera pregunta que implica las siguientes es la siguiente: "¿Cree usted que el sistema interamericano necesita de un cuerpo normativo especial en materia de J. i.?"

A este cuestionario se hicieron comentarios elaborados por la Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional (Ser K/XXI/1 RE/doc. 9/80 del 8.IV.1980).

b) *Las contestaciones al cuestionario (IRE/doc. 9/80).*

Al Cuestionario contestaron por escrito los doctores Abarca, Castello Cruz, Werner Goldschmidt, López Maldonado, Monroy Cabra, Vieira y von Mehren.

El Dr. Abarca contestó afirmativamente a la primera pregunta.

El Dr. Castello Cruz niega la necesidad de un nuevo sistema normativo, por haber ya normas pertinentes en los tratados de Montevideo y en el Código Bustamante a las que las Naciones pueden adherirse. Si ello no ocurriese, un nuevo sistema sería útil con tal que hallare consenso.

Goldschmidt cree en la necesidad de dos nuevos sistemas: uno para las normas de la J. i. directa que reglamente la facultad de los jueces de admitir demandas en asuntos iusprivatistas internacionales, y otro para las normas de la J. i. indirecta que reglamenta la facultad de los jueces de dictar sentencias en asuntos iusprivatistas internacionales que luego habrán de ser reconocidas, y en su caso ejecutadas, por jueces de otros países.

El Dr. López Maldonado afirma la pregunta del Cuestionario para el ámbito del Derecho Internacional Privado, mientras que la niega para la esfera del Derecho Internacional Público.

Los Dres. Monroy Cabra y Vieira afirman la pregunta.

El Dr. von Mehren la afirma en cuanto a las normas de la J. i. indirecta.

2) *Documentos*

a) *Relacionados directamente con el tema*

Se proporcionó a los participantes las normas pertinentes de los tratados de Montevideo de 1889 y 1939/40 así las del Código Bustamante de 1928 (1 RE doc. 8/80).

Se sometió a ellos igualmente documentos referentes a la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) II; un Anteproyecto del Dr. Operti, el Reglamento del Comité Jurídico Interamericano y la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

Por último, hay que mencionar un trabajo de la Dra. May Carl, Recognition of Texas Judgment in courts of foreign Nations and viceversa.

b) *Relacionados indirectamente con el tema*

Por su evidente importancia doctrinal se hizo asequibles a los participantes los textos respectivos de la Convención europea de Bruselas del 27 de setiembre de 1968, el Convenio franco-español del 28 de mayo de 1969 y la convención anglo-americana en su texto de setiembre de 1978.

II

LAS REUNIONES DE ABRIL 9, 10, 11, 12, 14 y 15 de 1980

En un número considerable de reuniones se discutió por los participantes acerca del tema de J. i.

Los participantes son mencionados en una "Lista de participantes" (Ser K/XXI/1 RE/doc. 2/80, rev. 1: 2 abril 1980). Sin embargo, además de los participantes propiamente dichos, tomaron parte de algunas reuniones distinguidos visitantes, como por ejemplo el profesor Reese de la Columbia University, el Dr. Rüstau del Department of Justice, etc.

Es obvio que la tarea del Relator no consiste en reproducir las alegaciones en su orden histórico y de modo completo, sino de sistematizar y sintetizar lo dicho. Desde el primer punto de vista urge distinguir entre las observaciones generales y la discusión de un proyecto determinado de trabajo.

1) *Observaciones generales*

Las observaciones generales giraban en torno de la delimitación del tema, de su carácter transaccional y de su función dentro de las convenciones interamericanas.

a) *Delimitación del tema*

De entrada existió consenso de que el problema de las inmunidades jurisdiccionales, pese a su importancia en la que hizo especial hincapié el Dr. Parra Aranguren, no iba a ser tratado en este encuentro.

La discusión se enardeció cuando se intentó aclarar si la normación proyectada iba a comprender la J.i. directa e indirecta indistintamente o una separadamente de la otra en cuyo supuesto hacía falta resolver con cual de ambas se habría de empezar.

Los Dres. Materna Vázquez, López Maldonado, Valladao y Boyd se inclinaban a favor del criterio de la indistinción.

Sin embargo, los Dres. Trooboff, Operti y Goldschmidt se pronunciaron a favor de la distinción rigurosa entre J.i. directa e indirecta, proponiendo que se empiece con el análisis de la segunda, sin perjuicio de seguir con el estudio de la primera si el tiempo disponible lo permitiese.

Se resolvió en la reunión de jueves, día 10, distinguir entre ambas especies de J.i., comenzar con la indirecta y, en su caso, continuar con la directa.

b) *Carácter transaccional del tratamiento del tema*

Los Dres. May Carl y von Mehren con los que coincidió el Dr. Operti, consideran como uno de los propósitos del tema encontrar un compromiso entre los dos grandes sistemas del Civil y del Common Law.

Este punto de vista fue aceptado por conducta concluyente, sin que se pusiese en duda la diferencia fundamental de los sistemas, ni se pusiese en duda el carácter transaccional como el deseable.

c) *Función de lo proyectado dentro de las convenciones interamericanas*

Algunos, como el Dr. Valladao, declaran que se debe proyectar un Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, concretamente al art. 2º, inc. d).

Otros, como verbigracia el Dr. Castello Cruz, proponen que se haga una Convención independiente de la Convención mencionada, para que un País esté en condiciones de firmar y ratificar la Convención a proyectar sin que esté obligado a firmar y ratificar la Convención aceptada por la CIDIP II.

Triunfó un criterio transaccional (base décimoquinta).

2) *Consideración especial del proyecto elaborado por un grupo de trabajo*

Los Dres. May Carl y Opertti elaboraron un proyecto de “Bases sobre J. i.”. Este proyecto fue corregido por sus autores a los cuales se unió el Dr. von Mehren, en sesiones especiales previas a las reuniones plenarias. Por otro lado, ciertos participantes, presentaron propuestas de añadir a las Bases oficiales otras: así los Dres. Valladao y Goldschmidt.

La discusión de las Bases se bifurcó a su vez en una discusión acerca de su carácter general y en el análisis de cada una de ellas.

a) *Carácter general de las Bases*

a') *Carácter exclusivo o acumulatorio*

El primer problema consiste en saber si cada base o, por lo menos algunas, son exclusivas o acumulativas. Ejemplo: ¿Es para un acción real sobre inmuebles el único juez competente el de la situación del inmueble o lo es igualmente el juez del domicilio del demandado (base segunda y primera)?

Se resolvió a favor del carácter acumulativo.

b') *Carácter principal o subsidiario*

¿Son las Bases siempre aplicables o sólo en el supuesto caso de que no existan convenciones o prácticas nacionales más amplias para la J. i. que ellas?

De cierto modo se repite aquí la alternativa entre exclusión o acumulación, con la diferencia de que esta vez no se trata de la relación de las bases entre sí, sino de la entre las Bases y otras reglamentaciones.

La base décimatercera que se pronuncie a favor de la acumulación, encontró acogida favorable.

c') *Carácter exhaustivo o fragmentario*

¿Contienen las Bases una reglamentación completa o reglamentan ellas sólo determinadas cuestiones?

La base décimaprimer se pronuncia a favor del carácter fragmentario de las Bases.

A fin de lograr una reglamentación completa con la ayuda de una cláusula general Goldschmidt propuso la siguiente base general cuya justificación se encuentra en su respuesta al Cuestionario: “El juez requerido puede rechazar el reconocimiento de la sentencia, si el juez requirente ha invadido su jurisdicción exclusiva afectando su orden público, o si la jurisdicción del juez requirente carece de todo fundamento razonable”.

b) *Las bases en especial*

Con respecto a la Base tercera se hace hincapié en el carácter privado de las sociedades a fin de excluir de ella todo tipo de sociedad estatal. No obstante, se resolvió eliminar la palabra “privado”.

En cuanto a la base quinta, el Dr. Goldschmidt propuso incluir en las lesiones personales no sólo las corporales sino también las morales, propuesta a la que se adhirió el Dr. Parra. Sin embargo, con miras a la oposición de los

Dres. May Carl y von Mehren se suprimió la referencia al daño moral. En la misma base, siguiendo una sugerencia del Dr. Goldschmidt, se incluyó la llamada teoría de la ubicuidad según la cual la jurisdicción en los delitos de distancia corresponde tanto al juez del País en donde se realiza la conducta como al juez del País en donde se efectúa el daño.

En cuanto a la base décima Goldschmidt había propuesto añadir a la "invasión de la jurisdicción exclusiva" las palabras: "afectando el orden público internacional". Esta propuesta fue rechazada, porque la mayoría sostuvo la tesis de que una invasión de la jurisdicción exclusiva afectará irremediablemente el orden público, mientras que la profesora May Carl, los doctores Vieira y Operti compartieron el criterio de Goldschmidt de que habría el peligro de confundir "jurisdicción única" y "jurisdicción exclusiva".

III

LA RESOLUCION APROBADA SOBRE JURISDICCION INTERNACIONAL

Bases de Jurisdicción Internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras aprobadas por la reunión de expertos.

Para los fines de la Eficacia Extraterritorial de las sentencias Extranjeras se considerará satisfecho el requisito de la jurisdicción internacional cuando el Tribunal sentenciador tuviese jurisdicción de acuerdo con cualquiera de las siguientes Bases:

PRIMERA: El demandado tenga su domicilio o residencia habitual en el Estado de origen de la sentencia al momento de entablarse la demanda.

SEGUNDA: Los bienes inmuebles y los bienes muebles corporales se encuentran en el momento de entablarse la demanda en el Estado de origen de la sentencia, en las acciones que tengan por objeto derechos de propiedad, uso, goce, posesión u otros de igual naturaleza, y gravámenes que afecten los mismos.

TERCERA: En materia de sociedades civiles y comerciales (privadas) si al momento de entablarse la demanda la sociedad tuviere su establecimiento principal o se hubiere constituido en el Estado de origen de la sentencia.

CUARTA: La existencia de sucursal o establecimiento de la sociedad en el Estado de origen de la sentencia cuando se trate de acciones originadas en su funcionamiento.

QUINTA: En el caso de una acción por daños y perjuicios originados en lesiones corporales y en daños materiales a la propiedad:

- a. si el Estado de origen de la sentencia tuviere una estructura unitaria, que el acto u omisión o el daño personal o material ocurrieren en ese Estado;
- b. si el Estado de origen fuere un Estado Federal, que el acto u omisión o el daño personal o material ocurrieren en el Estado integrante del Estado Federal en el cual el Juez o Tribunal de origen de la sentencia ha ejercido jurisdicción.

SEXTA: Quien en ejercicio de la profesión o comercio hubiere acordado en un contrato escrito someterse a la jurisdicción del Tribunal del Estado de

origen de la sentencia, fuere demandado ante éste por acciones fundadas en dicho contrato.

SÉPTIMA: Se entenderá también que existe jurisdicción válida si después de promovida la acción el demandado consiente voluntariamente por escrito en la jurisdicción.

No se desconocerá la Eficacia de una Sentencia Extranjera cuando el Tribunal que la hubiera dictado haya asumido jurisdicción para evitar una denegación de justicia, salvo el criterio del Tribunal del Estado donde deba surtir efectos.

OCTAVA: En caso de una sentencia dictada en una contrademanda:

- a. Una de las presentes bases hubiera sido cumplida si la contrademanda se presentó como una acción independiente, o
- b. Una de las presentes bases hubiera sido cumplida en relación a la demanda principal si la contrademanda se fundamentó en el acto o hecho en que se basó la demanda principal.

NOVENA: La parte contra quien se invoque la eficacia de la Sentencia Extranjera, no podrá oponerse a la jurisdicción del Tribunal de origen de la sentencia, si dicha parte o el titular anterior del derecho, si lo hubiere, o propuso en forma voluntaria la reconvencción o la contrademanda decidida por la sentencia cuya eficacia se invoca.

DÉCIMA: La ley del Estado donde la sentencia extranjera deba surtir efectos puede rechazar su eficacia si el Tribunal sentenciador ha invadido su jurisdicción exclusiva.

DÉCIMAPRIMERA: Las bases de jurisdicción precedentes no rigen para las siguientes materias:

- a. Estado Civil y capacidad de las personas físicas
- b. Divorcio, nulidad de matrimonio y régimen de los bienes en el matrimonio
- c. Pensiones alimenticias
- d. Sucesión testamentaria e intestada
- e. Quiebras, concursos, concordatos u otros procedimientos análogos
- f. Liquidación de sociedades
- g. Materia Laboral
- h. Seguridad Social
- i. Arbitraje

DÉCIMASEGUNDA: Al momento de suscribirse estas bases los Estados parte podrán declarar que se aplican también a las resoluciones que terminen el proceso, a las dictadas por autoridades que ejerzan alguna función jurisdiccional y a las sentencias penales en cuanto se refieren a la indemnización civil de perjuicios derivados del delito.

DÉCIMATERCERA: Estas bases no restringen las disposiciones más amplias de Convenciones bilaterales o multilaterales ya suscritas por los Estados partes en materia de jurisdicción internacional y las prácticas más favorables que éstos pudieran observar con relación a la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

DÉCIMOCUARTA: A los efectos del presente documento la noción "Estado de origen" se definirá posteriormente.

DÉCIMOQUINTA: Las presentes bases en materia de jurisdicción podrán ser consideradas, de acuerdo con la decisión de los Estados parte, ya como un proyecto de Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de la Sentencia y Laudos Arbitrales Extranjeros para los efectos del artículo 2, d), o bien como Bases para una Convención independiente sobre la materia.

WERNER GOLDSCHMIDT

“El alma es, en cierto modo, todas las cosas”.

Aristóteles, *Del Alma*, VIII, 1, BK 431 b 21.

“Si no hay un orden inmutable de causas ni de normas, habrá el hombre de escoger su destino en la soledad y el abandono”.

A. de Saint-Exupéry. *Citadelle*

EL CONOCIMIENTO PRACTICO

(Introducción a sus cuestiones fundamentales)

S U M A R I O

1. Naturaleza del conocimiento.
2. La sensibilidad y el conocimiento.
3. El saber práctico.
4. Distinción entre el saber especulativo y el saber práctico.
 - 4.1. Precisiones preliminares.
 - 4.2. Por el objeto del conocer.
 - 4.3. Por el fin del saber.
 - 4.4. Por el modo de conceptualizar la verdad.
 - 4.5. Otros criterios de distinción.
 - 4.5.1. Por la certeza del saber.
 - 4.5.2. Por el método del conocer.
5. Continuidad del saber teórico y el práctico.
6. Los niveles del saber práctico.
7. Notas aclaratorias al tema de los niveles del saber práctico.
8. La jerarquía de los saberes prácticos.
9. Conclusión.

1. Naturaleza del conocimiento(*)

Es difícil exponer sobre el conocimiento práctico, sin haber dado antes una noción acerca de lo que entendemos por conocimiento en general. Pero dada la vastedad y complejidad del tema, lo expondremos sólo en forma somera y esquemática, "ad usum scholaris", remitiendo, a quienes se interesen en profundizarlo, a ciertas obras generales en las que nos hemos inspirado en el desarrollo de este punto⁽¹⁾.

Un primer análisis de lo que vulgarmente llamados "conocimiento" o "saber", nos pone frente al hecho de que, por un alguna causa que se nos aparece misteriosa, tenemos en nosotros, en nuestro entendimiento o sensibilidad, "todas las cosas", según frase de Aristóteles. Dicho de otro modo, descubrimos que una serie de realidades que se nos muestran como distintas y exteriores, tienen una cierta presencia en nosotros, una existencia —distinta de la que tienen en sí— en nuestra interioridad. Existe, por lo tanto, entre el mundo y nosotros una especial relación, en la que no se encuentran las plantas o los seres inanimados; ellos son sólo lo que son en sí y no pueden llegar a tener otra formalidad que aquella que las constituye en su especie y que las hace ser piedra, casa o árbol. Por el contrario, ya en los animales y con mayor perfección en el hombre, se da esta posibilidad de tener, además de la propia, la forma de todas aquellas cosas que caigan bajo la órbita de nuestras facultades cognoscitivas. ¿Cómo puede explicarse este fenómeno?; escribe en este sentido Etienne Gilson, que si lo consideramos en sí mismo, "el ser cognoscente es ante todo su propia esencia, es decir, que se ordena dentro de un género, se define por una especie y se individualiza por todas las propiedades que le distinguen de los entes de la misma naturaleza. En tanto que tal, es esto y ninguna otra cosa; un perro, una cabra, un hombre. Pero, en tanto que cognoscente, sucede que se hace también otra cosa distinta de sí misma, puesto que la presa que el perro persigue, el arbusto que la cabra come, el libro que el hombre lee, existen de una cierta manera en el perro, en la cabra, en el hombre. Ya que estos objetos están ahora en los sujetos que los conocen, es preciso que los sujetos se hayan hecho en cierto modo esos objetos. Conocer es, pues, ser de una nueva manera nueva y más rica que las precedentes, puesto que es esencialmente introducir en lo que es primariamente por sí, lo que otra cosa es primariamente por sí misma. Este hecho se expresa diciendo que conocer una cosa es una manera de hacerse esa cosa"⁽²⁾.

La larga cita del filósofo francés nos ha descrito con toda precisión la naturaleza del acto cognoscitivo: el sujeto cognoscente "se hace" en cierta medida aquello que conoce. Pero de inmediato se nos plantea otro problema más

(*) La Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino se abreviará, en las notas, *ST* y la Ética Nicomaquea de Aristóteles *EN*, seguidas ambas abreviaturas de la nomenclatura tradicional. En el presente estudio se utilizarán los términos "saber" y "conocimiento" como sinónimos, no obstante que, en su sentido estricto, "saber" hace referencia al conocimiento científico.

(1) Entre muchas otras, vid. Fabro, Cornelio, *Percepción y pensamiento*, Pamplona, EUNSA, 1978; Verneaux, Roger, *Epistemología General o Crítica del Conocimiento*, Barcelona, Herder, 1971; Steenberghen, Fernand van, *Epistemología*, Madrid, Gredos, 1962; Gilson, Etienne, *El realismo metódico*, Madrid, Rialp, 1963, y De Alejandro, José María, *Gnoseología*, Madrid, B.A.C. 1969; Fuentes: Aristóteles, *Del alma*, III, 4, BK 429 a 9 - 432 b; Tomás de Aquino, Santo, *Comentario al libro Del alma de Aristóteles*, III, lec. VII - XIV.

(2) Gilson, Etienne, *El Tomismo - Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, E.U.N.S.A., 1978, pp. 404-405.

grave: ¿cómo es esto posible?; ¿cómo se explica que la forma intrínseca de un objeto exterior, de un árbol, de una planta, se introduzca en nosotros, adquiera una cierta existencia distinta de la suya propia? Para comprenderlo, debemos partir de que la forma intrínseca de una realidad cualquiera es aquello por lo cual ella es lo que es, lo que le confiere a un individuo su unidad y su estructura entitativa; es el elemento determinante del modo propio de ser de un ente cualquiera⁽³⁾. “Pero las formas —escribe Millán Puelles— pueden tener presencia de una doble manera, la natural y la cognoscitiva”, y continúa: “así es posible que una y la misma forma esté naturalmente presente en el sujeto físico (de un modo material) y al mismo tiempo, pero de otro modo, en uno o varios sujetos cognoscentes (de una manera inmaterial y objetiva)”⁽⁴⁾. De modo que la forma de un árbol, que determina a cierta materia haciéndola ser precisamente árbol, puede tener otra existencia, además de la propia, en el entendimiento de quien conoce el árbol. Este nuevo modo de existencia de la forma se denomina “intencional”, término que hace referencia al hecho de que esa presencia inmaterial se refiere a un objeto, supone una realidad distinta de ella a la que está referida⁽⁵⁾. Haciendo mención a este especial modo de existencia del objeto, Roger Verneaux define al conocimiento como “un acto por el que un hombre se hace intencionalmente presente alguna región del ser”⁽⁶⁾.

Pero no obstante lo dicho, queda aún sin respuesta el problema que se plantea cuando consideramos que la forma conocida tiene una existencia material en la cosa y otra existencia inmaterial del sujeto que conoce; ¿es posible que la forma de un ente material, una mesa, por ejemplo, pase a tener una existencia inmaterial en el cognoscente?

Para dar una respuesta satisfactoria al interrogante, hemos de partir de la doctrina, de raíz aristotélica, conforme a la cual todo ente móvil implica una estructura de materia y forma⁽⁷⁾: la materia considerada como elemento potencial, pasivo, determinable, “aquello de lo cual algo se hace”⁽⁸⁾; la forma, elemento activo, determinante, por el cual una realidad es aquello que es y no otra cosa. Pero la forma puede ser intrínseca o inmanente, en cuyo caso determina a la realidad, digamos, “desde dentro”, o puede ser extrínseca o ejemplar y entonces determina a la realidad desde fuera, como el proyecto de una casa, que no es una misma realidad con la casa, determina su modo de ser, la hace ser casa y no otra cosa. Hecha esta distinción, puede comprenderse la relación que existe entre la forma inmanente del objeto y la forma en cuanto conocida, entre lo que la cosa es en sí y lo que ella es en el entendimiento cognoscente; “la relación de «causalidad formal externa» —escribe Pieper—

(3) Cfr. Allan, Donald, *Aristote, le Philosophe*, París, Louvain, Nauwelaerts, 1957, p. 42 y ss.

(4) Millán Puelles, Antonio, *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1962, p. 330-47; Cfr. Casaubón, Juan A., *La actividad cognoscitiva del hombre*, Buenos Aires, Ariel, 1979, pp. 12-15 - Fuente: Tomás de Aquino, Santo, *De Anima*, II, lec. XXIV, 553: “Nam in re sensibili habet esse naturale, in sensu autem habet esse intentionale et spirituale”.

(5) Cfr. Casaubón, Juan A., *La actividad cognoscitiva del hombre*, Buenos Aires, Ariel, 1979, pp. 12 y ss.

(6) Verneaux, Roger, *o.c.*, pp. 103-104.

(7) Acerca de esta doctrina, vid. Aubert, Jean-Marie, *Filosofía de la Naturaleza*, Barcelona, Herder, 1970, pp. 48-74; Moreau, Joseph, *Aristóteles y su escuela*, Buenos Aires, EUDEBA, 1972, pp. 87-116; Jolivet, Régis, *Tratado de Filosofía - Lógica y Cosmología*, Buenos Aires, Carlos Lohlé, 1976, pp. 339 y ss.; Fuente: Aristóteles, *Física*, II, 3, BK, 194 b.

(8) Aristóteles, *Física*, II, 3, BK 194 b.

existe también entre el ser objetivo y el entendimiento del hombre, cuyo conocer —como percepción de la realidad— no es creador sino receptivo (...). Las cosas reales son las formas previas y modelos de lo que nuestro entendimiento configura al conocer y constituirse como tal entendimiento. El mundo del conocimiento está preformado en el mundo objetivo del ser⁽⁹⁾. Lo real, o mejor dicho, las formas de lo real, son entonces el elemento determinante del “qué” de nuestro conocimiento, las que lo “midan” o establecen sus contenidos. Pero esta correspondencia entre las formas immanentes a las cosas y las formas cognoscitivas, sólo es posible si existe una cierta identidad de naturaleza entre ellas, es decir, si la forma en la cosa participa del mismo modo de la realidad que la forma en el entendimiento. Y siendo el entendimiento humano inmaterial, lo que se evidencia por su capacidad para conocer realidades abstractas y universales, resulta que una “primera condición de posibilidad de este conocimiento es que las cosas participen en cierto grado de la inmaterialidad. Un universo que se suponga puramente material y desprovisto de todo elemento inteligible será, por definición, opaco al espíritu. Puesto que no lo es, fuera de un intelecto que puede, en cierto modo, llegar a ser una cosa, debe haber en esta misma cosa un aspecto según el cual ésta sea susceptible de hacerse, en cierto modo, espíritu. El elemento del objeto asimilable por un pensamiento es precisamente su forma. Decir que el sujeto cognoscente se hace el objeto conocido equivale, en consecuencia, a decir que la forma del sujeto cognoscente se incrementa con la forma del objeto conocido⁽¹⁰⁾. La forma del ente real, que considerada en sí misma es inmaterial, toda vez que su función consiste en determinar a la materia, es el único objeto proporcionado al conocimiento intelectual; un entendimiento inmaterial sólo puede recibir “intencionalmente” un objeto inmaterial: la forma, el “eidos” de la cosa real.

De modo que son las formas de los entes reales las que adquieren una nueva existencia en el intelecto humano, dando lugar a lo que llamamos conocimiento. Este proceso de transmigración de las formas comienza en la realidad, donde las formas son principio determinativo intrínseco; de los entes reales pasan al entendimiento⁽¹¹⁾, en el cual adquieren una nueva existencia, comportándose de este modo la realidad como causa formal exterior del conocimiento, como su medida o elemento determinante de su contenido; en otras palabras, la realidad es la medida de nuestro saber y la verdad “no es otra cosa que la relación de identidad establecida y llevada a cabo en el conocer, entre el entendimiento y la cosa. En esa relación, la cosa es la «medida» del entendimiento⁽¹²⁾”.

Podemos concluir, de lo dicho hasta ahora, que el conocimiento consiste en la aprehensión, por la potencia cognoscitiva, de las formas determinantes de los entes reales y que, por medio de esa aprehensión, el intelecto “se hace”,

(9) Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 28-29.

(10) Gilson, Etienne, *El Tomismo*, c., p. 407; Cfr. S. T., I, q. 14, a. 1.

(11) La descripción del proceso conforme al cual el intelecto abstrae las formas inteligibles de lo real, excede con creces los límites del presente estudio; por ello remitimos para el estudio exhaustivo de este punto a las ya citadas obras de Aristóteles, *Del Alma* y de Santo Tomás de Aquino, *Comentarios al libro Del Alma de Aristóteles* y a las excelentes obras de Verneaux, Roger, *Filosofía del Hombre*, Barcelona, Herder, 1970, pp. 89-132 y de Ercilla, José de, *De la Imagen a la Idea*, Madrid, Gredos, 1959, passim.

(12) Pieper, Josef, *El descubrimiento...*, c., p. 42; para todo lo referente al conocimiento sensible, vid. Riera Matute, Agustín, *La articulación del conocimiento sensible*, Pamplona, EUNSA, 1970, passim.

en modo intencional, la cosa misma conocida; más exactamente, su modo de ser, su quiddidad” o esencia. Y si ello es así, el origen del conocer está en la realidad y esta misma realidad es la que determina la “medida”, el contenido del conocimiento; consecuentemente, el saber será verdadero cuando el entendimiento se encuentre realmente medido por la cosa real, cuando la forma intencional coincida con la forma inmanente a la realidad objetiva.

2. *La sensibilidad y el conocimiento*

Hasta ahora nos hemos referido principalmente al conocimiento intelectual; no obstante, los conceptos fundamentales que hemos expuesto pueden aplicarse —mutatis mutandi— al conocimiento sensible. También él puede ser definido como un “hacerse otra cosa” el sujeto cognoscente, sólo que aquello que el sujeto se hace en este caso no es algo inteligible sino sensible; ya no es una forma que adquiere una nueva existencia, sino las cualidades sensibles de las cosas materiales que se hacen, “intencionalmente”, imágenes en la sensibilidad del que conoce. La real importancia que el conocimiento sensible reviste para nuestro tema radica en que, como afirma Santo Tomás, “toda nuestra ciencia se origina en los sentidos”⁽¹³⁾; es decir, todo lo que conocemos, de un modo u otro, ha tenido su origen en alguna sensación. Los sentimientos son, entonces, como el puente entre las cosas y nuestro entendimiento, el vehículo por el cual la realidad exterior penetra en nosotros para ser luego aprehendida por la inteligencia. Ha escrito a este respecto Gilson, que “el status” “ontológico” del alma humana determina la naturaleza de sus objetos de conocimiento. Las almas humanas, que son formas inmersas en la materia, se nutren de especies sensibles tales como son percibidas por sus facultades sensibles (...). Al ser la forma de un cuerpo, el intelecto humano se nutre de los conceptos que abstrae de los cuerpos y de los que, en cambio, deduce consecuencias por el razonamiento. El objeto propio del entendimiento humano no son los datos de la percepción sensible, ni un inteligible puro, aprehendido por intuición; es la esencia inteligible, cuyo concepto abstrae de los datos de la experiencia sensible”⁽¹⁴⁾. Estos datos de la experiencia sensible son, por lo tanto, la condición de posibilidad del saber intelectual; este saber trasciende estos datos, va más allá de ellos y se eleva al concepto universal, que no es sino la esencia de la cosa en el entendimiento; pero aquellos datos revisten la enorme importancia de constituir el vehículo por el que lo real penetra en el entendimiento humano.

3. *El saber práctico*

Al hablar del conocimiento, hemos llamado a la más perfecta de las facultades cognoscitivas “entendimiento”, “inteligencia” o “razón”. En realidad, no obstante las diferentes denominaciones, se trata de una sola potencia espiritual, que por su naturaleza es capaz de diferentes funciones. “El intelecto o inteligencia o entendimiento y la razón no son, para Aristóteles y Santo Tomás, dos

(13) Cfr. Tomás de Aquino, Santo, *De Veritate*, q. 10, a. 6 - Vid; García López, Jesús, *Doctrina de Santo Tomás sobre la Verdad*, Pamplona, EUNSA, 1967, passim.

(14) Gilson, Etienne, *Elementos de Filosofía Cristiana*, Madrid, Rialp, 1969, pp. 293-294.

facultades diversas, sino una misma facultad, en dos funciones diferentes. Tal facultad se llama preferentemente inteligencia cuando capta una esencia o una verdad de una manera inmediata; y se la llama razón cuando, discurrendo, pasa de una verdad a otra, conociendo la segunda a partir de la primera⁽¹⁵⁾. Aclarada esta cuestión terminológica y resumiendo lo dicho hasta ahora, podemos concluir que el entendimiento —o inteligencia o razón— es una potencia ordenada al conocimiento de la esencia de las cosas, de aquello que las cosas son, de su modo específico de ser. Los sentidos nos proporcionan —lo hemos visto en el párrafo anterior— las imágenes de las cosas sensibles, singulares y contingentes; es sobre su base que el entendimiento construye el saber intelectual, que reviste los caracteres de generalidad y abstracción y por el cual el hombre descubre aquello que de inteligible hay en los objetos sensibles. Aquí el sujeto no se encuentra ya atado a la singularidad y materialidad de los objetos, sino que puede elevarse —a través de la abstracción— hasta las cimas del saber universal, de la ciencia y de la sabiduría⁽¹⁶⁾.

Esa potencia, que hace posible al hombre ese tipo de conocimiento y que lo especifica entre los seres vivientes, no limita su actividad al descubrimiento de las esencias de las cosas; muy por el contrario, extiende su actividad a la dirección del dinamismo específicamente humano. Ello es así toda vez que la operación de los seres se sigue de su forma, es decir, que el modo de obrar de cada uno de los entes de que tenemos experiencia, depende intrínsecamente de su específico modo de ser: el dinamismo de la planta depende de su forma de tal, el de un perro depende del hecho de ser específicamente un perro y no otra cosa y así sucesivamente. Si tenemos la experiencia cotidiana de que los gatos se obstinan invariablemente en comportarse como gatos y los perales en producir peras y no higos, es en razón de que la forma que los determina a ser de una manera, especifica el modo y caracteres de su operación o dinamismo. 'De toda forma, en efecto, deriva una cierta inclinación —escribe Etienne Gilson—; el fuego, por ejemplo, tiende, en razón de su forma, a elevarse hacia arriba y a engendrar fuego en los cuerpos que toca. Pero la forma de los seres dotados de conocimiento es superior a la forma de los cuerpos que están desprovistos de él. En estos últimos, la forma determina en cada cosa el ser particular que le es propio; en otros términos, no le confiere más que su ser natural'⁽¹⁷⁾. Por el contrario, los seres dotados de conocimiento y, en especial, el hombre, provisto de conocimiento racional, no se encuentran determinados por su forma, sino que esta misma forma racional exige que su dinamismo sea consciente y libremente guiado por una potencia capaz de

(15) Casaubón, Juan A. *o.c.*, p. 21. Cfr. Tomás de Aquino, Santo, *De Anima*, III, L. 14, Nº 812.

(16) Merece ser transcripto a este respecto, un párrafo de Roger Verneaux, admirable por su claridad y precisión: "La epistemología aristotélica es, a grandes trazos, ésta: todo comienza en la sensación, porque el espíritu humano no está dotado de ideas innatas bajo cualquier forma que sea. Tiene necesidad de un contacto en lo real para conocer y precisamente la sensación es una conexión del hombre y del mundo; sólo de ella puede provenir el índice existencial y el contenido mismo de todo conocimiento. Pero no podemos quedarnos en la sensación, pues ella no da más que hechos particulares y contingentes y no puede darnos la ciencia, que es el conocimiento de lo necesario por sus causas. La ciencia exige una iniciativa de la inteligencia que abstraer de lo sensible la esencia inteligible. La ciencia, pues, recae sobre sus relaciones, al tiempo que guarda contacto con la existencia gracias a la sensación en donde necesariamente se origina el pensamiento"; lo afirmado por este autor sobre la ciencia, puede extenderse a todo el conocimiento intelectual; Verneaux, Roger, *Crítica de la Crítica de la razón pura*, Madrid, Rialp, 1978, p. 60.

(17) Gilson, Etienne, *El tomismo . . .*, p. 425.

conocimiento universal. Por ello escribe Santo Tomás que “hay algunas (cosas) que, conforme a su naturaleza, obran por sí mismas, en cuanto que tienen el dominio de sus actos”⁽¹⁸⁾. En otras palabras, los seres racionales han de ser dirigidos en su dinamismo por la razón, que es su forma propia y que, por su capacidad de conocimiento universal, es la que hace posible el obrar libre del hombre. La misma naturaleza racional es la que exige que la operación humana sea presidida por aquella de las potencias del hombre que especifica a esa misma naturaleza⁽¹⁹⁾.

Resulta entonces que la razón, a la que habíamos estudiado como protagonista del conocimiento intelectual, aparece ahora como directiva del orden humano; se nos muestra como la medida del desenvolvimiento de la personalidad; como la ordenadora del dinamismo humano hacia la perfección que le es propia. “El bien del hombre en el orden del obrar —escribe René Simon— es ser conforme a lo que hace que el hombre sea hombre (...); si se le define (al hombre) por la razón, es la conformidad del acto con la razón la que hará de él un acto bueno; el hombre se realizará como hombre, realizándose como razón”⁽²⁰⁾. Consecuente con ello, la psicología realista clásica efectuó una distinción capital entre los actos del hombre y los actos humanos: actos del hombre son todos aquellos —de cualquier especie— que tienen a un ser humano como causa eficiente, ya se trate de dormir, digerir los alimentos o respirar; por el contrario, actos humanos, específicamente humanos, son aquellos realizados por el hombre con conciencia de que los realiza, con discernimiento de los fines hacia los cuales se orientan y con la dirección de la razón humana hacia esos fines; entre ellos, el querer, el conocer, el razonar discursivamente, el vivir en sociedad, el ordenar jurídicamente la convivencia⁽²¹⁾. Esto no significa sino afirmar que lo que constituye a ciertos actos como propiamente humanos, es la tarea directiva de la razón, una nueva función del entendimiento, al que hemos visto en su oficio estrictamente cognoscitivo y que ahora debemos estudiar en su perspectiva práctica, normativa, de dirección y ordenación del obrar específicamente humano.

Pero es preciso descartar de entrada la tentación de considerar el intelecto o entendimiento en su uso práctico como distinto o separado de él mismo en su uso teórico. Es esa la posición de Kant, quien sostiene que “es la más urgente necesidad de elaborar por fin, una filosofía moral pura, que esté enteramente limpia de todo cuanto pueda ser empírico y perteneciente a la antropología”⁽²²⁾, con lo cual no consigue sino dejar sin fundamento en la realidad a todo el ámbito de la razón práctica. Por el contrario, de lo que se trata en verdad es de que “el entendimiento especulativo se hace por extensión, práctico”⁽²³⁾, es decir, que el entendimiento, aplicado al conocimiento de las realidades prácticas, posibles de realizar por el obrar del hombre, adquiere una nueva forma, una dimensión normativa y organizadora. De la contemplación

(18) S. T., I, q. 103, a. 5, ad. 2.

(19) Cfr. Millán Puelles, Antonio, *La síntesis humana de naturaleza y libertad*, Madrid, Editora Nacional, 1961, pp. 32-42.

(20) Simón René, *Moral*, Barcelona, Herder, 1968, p. 203.

(21) Cfr. S. T., I-II, q. 1, a. 1 Vid. Farrel Walter, *Guía de la Suma Teológica*, Tº II, Madrid, Morata, 1962, p. 37, y también, Gilson, Etienne, *Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Aguilar, 1964, p. 40.

(22) Kant, Manuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, Espasa Calpe, 1932, p. 14. Prólogo.

(23) S. T., I, q. 79, a. 11; Vid. Aristóteles, *Del Alma*, III, 10, BK 433 a.

de las esencias propias del saber teórico, el entendimiento pasa a realizar en la conducta o en la materia exterior, formas que ha concebido como posibles. “En el concepto de razón práctica —escribe Pieper—, está necesariamente comprendida y expresada la razón teórica. La “facultad básica” es la razón teórica, que se “amplía en práctica (...). El objeto propio de la razón teórica es lo verdadero en las cosas. El objeto propio de la razón práctica es lo verdadero como medida del obrar, lo verdadero que se extiende a lo bueno (...). La razón práctica, pues, no es otra cosa que la misma razón teórica contemplada bajo el aspecto de una función especial (...); esta “función especial” de aplicarse al querer, acontece en la producción del obrar libre decisorio, imperativo y directivo”⁽²⁴⁾. Decisión, imperio y dirección que abarcan todo el ámbito del obrar y hacer del hombre: técnica, bellas artes, política, derecho, ética personal.

4. Distinción entre el saber especulativo y el saber práctico.

4.1. *Precisiones Preliminares*: No obstante la tendencia general entre los autores realistas en distinguir estos saberes por razón de su fin⁽²⁵⁾, vamos a comenzar por especificarlos por sus objetos material y formal, pues consideramos a estos criterios como los fundamentales respecto a la especificación de los saberes

Ya hemos dicho que el movimiento primero del entendimiento humano se dirige naturalmente hacia la aprehensión de aquellas realidades exteriores en cuya factura no hemos tenido ninguna parte; es decir, de aquellas cosas que existen sin que el hombre haya intervenido para ponerlas en la existencia o determinar su modo específico de ser; es el “orden que la razón no hace sino solamente considera, cual es el orden de las cosas naturales”, tal como lo escribe Santo Tomás comentando a Aristóteles⁽²⁶⁾. Es este filósofo quien echó las bases de la distinción entre los objetos operables y los especulables, al escribir que “sobre lo eterno nadie delibera, por ejemplo sobre el cosmos o sobre la inconmensurabilidad de la diagonal y el lado. Tampoco sobre lo que está en movimiento, pero acontece siempre de la misma manera, o por necesidad o por naturaleza, o por cualquier otra causa, por ejemplo sobre los solsticios y salidas de los astros (...); pero deliberamos sobre lo que está a nuestro alcance y es realizable y eso es lo que quedaba por mencionar (...) sobre todo lo que se hace por mediación nuestra, aunque no siempre de la misma manera, deliberamos”⁽²⁷⁾.

De lo anterior surge que “operable” o “realizable” es toda realidad que, como dice Leopoldo Eulogio Palacios, “puede ser o no ser en dependencia de nosotros” (...) o bien “puede ser intervenida por un ser para su modificación conforme a los dictados de la razón práctica”⁽²⁸⁾. Todo aquello que resulta posible de realizar por parte del hombre, total o parcialmente, sea en cuanto

⁽²⁴⁾ Pieper, Josef, *o.c.*, pp. 50-51.

⁽²⁵⁾ Vid. Maritain, Jaques, *Introducción a la Filosofía*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1967, p. 123; del mismo autor: *Los grados del saber*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1968, pp. 730-732 y Ghirardi, Olsen A., *Hermenéutica del saber*, Madrid, Gredos, 1979, pp. 176 y ss.; las fuentes son: Aristóteles, *Del Alma*, III, 10, BK 433 a 14 y Santo Tomás, *S.T.*, I, q. 14, a. 16.

⁽²⁶⁾ Tomás de Aquino, Santo, *Comentarios a los diez libros de la Ética a Nicómaco de Aristóteles*, LI, 1, 1; en adelante: *JN Eth.* y el número.

⁽²⁷⁾ Aristóteles, *EN*, I, 3, BK 1112 a 21 y *passim*.

⁽²⁸⁾ Palacios, Leopoldo Eulogio, *La Prudencia Política*, Madrid, I.E.P., 1945, pp. 53-54.

a la fabricación de cosas exteriores o a la modificación de nuestros propios actos intelectuales o morales, es considerada “operable”; por supuesto que se trata siempre de “actos humanos” es decir, realizados con discernimiento y libertad.

Estas realidades operables pueden ser fundamentalmente, de dos tipos: por un lado, puede tratarse de objetos producidos por el hombre en una actividad transitiva, es decir, que se proyecta fuera del sujeto y logra su perfección con independencia de la de este último; por el otro, de un obrar puramente inmanente, que permanece en el sujeto y se ordena a su propia perfección; “entre las cosas que pueden ser de otra manera —escribe Aristóteles— están lo que es objeto de producción y lo que es objeto de acción o actuación y una cosa es la producción y otra la acción (...); de modo que también la disposición racional apropiada para la acción es cosa distinta de la disposición racional para la producción (...). El arte o la técnica es, pues, como queda dicho, una disposición productiva acompañada de razón verdadera (...). En cuanto a la prudencia (...) parece propio del hombre prudente poder discernir sobre lo que es bueno y conveniente para él mismo”⁽²⁹⁾. Tal como lo afirma Aristóteles, en virtud de que la producción es distinta del obrar, es preciso que existan hábitos intelectuales diferentes para la ordenación de cada una de esas operaciones: el arte o técnica para la producción o actuación y la prudencia para el obrar. Leopoldo Eulogio Palacios, traduciendo literalmente la terminología latina, habla de realidades “agibles” al referirse al obrar inmanente y de realidades “factibles” con relación al accionar transitivo⁽³⁰⁾; Aristóteles había usado los términos “praxis” para el primer grupo y “póiesis” para el segundo. Pero cualquiera que sea la terminología que adoptemos, queda evidente que en el dinamismo humano es preciso distinguir dos modos o formas de desarrollarse: a) la acción, producción o “factible”, actividad humana ordenada a la configuración de un ente distinto de sí y de los entes naturales y lógicos⁽³¹⁾; en ella, lo que se persigue es la perfección del objeto producido, no la del sujeto productor y su regulación racional corre por cuenta del arte o la técnica; tal el caso de las llamadas bellas artes: pintura, escultura, música, arquitectura, o de las hoy llamadas técnicas: electrónica, agronomía, etc.; b) el obrar, lo “agible”, actividad humana destinada a permanecer en el mismo sujeto operante y ordenada a la perfección humana, abstracción hecha de cualquier producto exterior; su regulación racional corre por cuenta de la prudencia, esa “disposición racional, verdadera y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”⁽³²⁾; a este orden pertenece la política, la ética personal y el derecho, cuyos fines propios consisten en la realización del bien humano perfecto.

Aún partiendo de la base de que la distinción apuntada no tenga el carácter tajante que pudiera aparecer a primera vista y de que existen realidades operables que revisten, a la vez, los caracteres de lo agible y de lo factible (v. gr. la política y el derecho), en las páginas que siguen concretaremos nuestra atención sobre lo agible, lo que corresponde al obrar humano, aquello que los griegos englobaban bajo el expresivo término “ethos”⁽³³⁾.

(29) Aristóteles, *EN*, VI, 4-5 BK 1140 a; Cfr. *Metafísica*, IX, 8. BK 1050 a 21.

(30) Palacios, Leopoldo Eulogio, *La prudencia...*, cit., pp. 71-76.

(31) Vid. Tomás de Aquino, Santo, *JN. Eth.*, I, 1.

(32) Aristóteles, *E. N.*, VI, 5, 1140 b 4.

(33) Ritter, Joachim, *Le droit naturel chez Aristote*, en *Archives de Philosophie*, Tome XXXII, cahier III, París, Beauchesme et ses fils, 1969, pp. 416-457.

4.2. Por el objeto del conocer

Reducido lo operable bajo estudio al campo del obrar, veremos de qué modo se especifica el saber en virtud de este nuevo objeto de su conocimiento. “Es indudable —escribe Fernández Sabaté— que conocemos “lo que es” como es el caso de esta silla y de ese hombre. Y es indudable también que conocemos que ese hombre “puede llegar a ser” un sabio. Hay ciertas realidades que son verdaderas realidades pero que están en potencia. Cuando tales realidades potenciales sólo pueden actualizarse mediante la intervención del hombre, son realidades propiamente prácticas”⁽³⁴⁾. El saber sobre las realidades posibles adquiere un carácter especial cuando se trata de aquellas necesarias para el perfeccionamiento del hombre en tanto que hombre, es decir, en tanto que persona racional encarnada en un cuerpo. Estos posibles se transforman en debidos, en la misma medida de su necesidad —deóntica, se entiende, no física— para el bien humano⁽³⁵⁾. En otros términos, cuando esas realidades posibles, en potencia, se encuentran en una relación necesaria con la perfección humana, cuando su contenido se halla prefigurado en la naturaleza del hombre como exigencia de su plenitud, el saber que se tiene de ellas se hace práctico, normativo; no se las conoce —como en el caso de los objetos especulables— para develar su esencia y descubrir su sentido; por el contrario, su conocimiento se ordena naturalmente a la dirección del obrar, hacia la actualización de esas realidades posibles, es decir, hacia el logro del bien humano. “Aquel aspecto que el entendimiento práctico aprehende formalmente es el bien, —escribe Abelardo F. Rossi— pero no cualquier bien sino el bien apetecible que posee virtud de fin. El bien puede ser considerado especulativamente (...) pero es aprehendido por el entendimiento práctico no bajo tal aspecto sino reduplicativamente en cuanto bien, esto es, en cuanto fin del movimiento de la operación (...). El entendimiento práctico conoce aquello que ha de servir de norma y medida a la acción”⁽³⁶⁾. En otras palabras, al conocer el bien humano en tanto que operable, o lo que es más, en tanto que debido o permitido, el entendimiento adquiere formalidad normativa; dicho con mayor rigor, estimativa, normativa o imperativa⁽³⁷⁾. De la aprehensión de las realidades prácticas en tanto que prácticas, en tanto que encaminadas a la perfección del hombre, se sigue una tendencia natural del entendimiento a dirigir el obrar, por lo que su saber se transforma en un saber directivo, ordenador de ese obrar hacia su bien propio.

Pero para que se trate de un conocimiento práctico en sentido estricto, es preciso no sólo que su objeto material sea práctico: un acto de justicia, una estimación moral, el establecimiento de una norma jurídica, etc.; además, es preciso que su objeto formal⁽³⁸⁾ sea también práctico, es decir, que dicho objeto material sea percibido desde una perspectiva práctica, en cuanto bueno o malo moral o jurídicamente. Afirma a este respecto Calderón Bouchet que

(34) Fernández Sabaté, Edgardo, *Filosofía y Lógica*, Tº II, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 41.

(35) Sobre la noción de bien moral, vid. Maritain, Jacques, *Las Lecciones preliminares de la Filosofía Moral*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1966, pp. 42-44.

(36) Rossi, Abelardo, *Conocimiento especulativo y Conocimiento práctico*, en: Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía, Tº II, Mendoza, U.N.C., 1950, pp. 1201-02.

(37) Cfr. Kalinowski, Georges, *La razón práctica: sus conceptos, juicios y razonamientos*, en: Anales de la cátedra Francisco Suárez, Nº 17, Granada, 1977, pp. 207 y ss.

(38) Para la noción de objeto formal y material, Vid. Maritain, Jaques, *Filosofía de la Naturaleza*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1945, pp. 150-161.

es preciso distinguir “el objeto material de la praxis y luego su objetividad formal. La materia “in qua” de la acción práctica es el acto de la voluntad o voluntario y su formalidad propia está determinada por la regulación de ese acto en orden al bien del hombre. La reflexión filosófica (o práctica en general, agregamos nosotros), toma el acto humano como objeto material de su consideración, pero lo estudia fundamentalmente en su condición de ordenable del bien propio del hombre”⁽³⁹⁾. Por ello podemos concluir que la primera especificación del saber práctico proviene de su objeto, no sólo material sino también formal. Más adelante veremos como las demás especificaciones dependen en gran medida de esta primera y principal. Por ella el saber práctico se constituye como un saber directivo, regulativo, normativo de la conducta humana; como una guía racional del obrar del hombre, en los difíciles caminos de su vida.

4.3. *Por el fin del saber*

Aquella de las distinciones entre lo especulativo y lo práctico que más aceptación ha tenido entre los tratadistas, es la que se efectúa sobre el criterio del fin perseguido por el conocimiento. “La diferencia entre la razón teórica y la razón práctica —escribe Kalinowski— o más exactamente entre la razón en su uso teórico y la razón en su uso práctico, para atenernos a esta distinción, no proviene de la alteridad de las operaciones mentales efectuadas en uno u otro caso. Es la diversidad de los fines perseguidos, en un caso la contemplación de lo real (o dicho en otra manera, el conocimiento para conocer) y en otro caso el conocimiento dirigido a la acción, a fin de transformar lo real (al hombre mismo en el primer lugar), lo que crea la diferencia en cuestión”⁽⁴⁰⁾. En otras palabras, en el caso del conocimiento especulativo, el fin del saber lo constituye el conocer por el conocer mismo, el saber la verdad por la sola satisfacción que su posesión produce. Tal sería el caso del saber matemático, del de las ciencias experimentales, como la química o la biología y el de las ramas especulativas de la filosofía como la metafísica o la antropología.

Por el contrario, el conocimiento práctico se ordena principalmente a la dirección del obrar humano. “La finalidad del conocimiento práctico —escribe Leopoldo Eulogio Palacios— es la operación, esto es, la praxis definida como la obra de una facultad distinta del entendimiento, exterior a éste, obra de la voluntad o de las manos (...), pero creo que es menester distinguir —prosigue Palacios— la finalidad del saber y la finalidad del sabedor. El saber es un conocimiento que desemboca en una especulación o en una praxis y que tiene esta finalidad como algo intrínseco, ínsito y connatural”⁽⁴¹⁾. El saber que, como dice Palacios, desemboca en una praxis, tiene por finalidad, intrínseca se entiende, la conformación o regulación de esa praxis; no le interesa el saber en sí, como el caso de la teoría, sino el saber en la medida en que resulta directivo del obrar humano. No se trata ya de develar las estructuras de lo real, sino de poner el entendimiento al servicio de la normación o encauzamiento de la praxis; es por ello que se habla, al referirse al saber práctico, de conocimiento normativo, directivo o regulador.

⁽³⁹⁾ Calderón Bouchet, Rubén, *Los fundamentos de las ciencias prácticas*, inédito, p. 103.

⁽⁴⁰⁾ Kalinowski, Georges, *La razón práctica...*, cit., p. 203.

⁽⁴¹⁾ Palacios, Leopoldo Eulogio, *Filosofía del saber*, Madrid, Gredos, 1963, p. 168.

Pero es preciso poner de relieve y profundizar lo afirmado en el último párrafo del pasaje de Palacios citado más arriba; no se trata aquí del fin subjetivo del que conoce, sino del fin objetivo del saber en sí mismo. Dos ejemplos pueden aclarar la cuestión: el primero, el de las matemáticas: nadie negará que las matemáticas constituyen un saber teórico dirigido al conocimiento en el orden de la cantidad; el hecho de que un profesor estudie esa ciencia con el fin práctico —poético en este caso— de ganarse la vida, no altera en nada el carácter teórico del saber. Por el contrario, si alguien estudiara medicina por el sólo deseo de saber de qué se trata, no por ello dejará el arte médico de pertenecer al orden de los saberes prácticos.

En rigor, de lo que se trata en este punto es de que el fin del saber —no del sabedor— depende intrínsecamente de su objeto; de su objeto material, ya que no puede haber un saber práctico acerca de un objeto metafísico o físico, pero sobre todo de su objeto formal, es decir, de que se perciba a ese objeto material operable en tanto que operable. Si esto es así a un objeto realizable se lo conoce en la perspectiva de su realización, el fin de ese saber será necesariamente práctico, pues el fin que su objeto le impone es la realización de un hacer o un obrar. “Cuando se trata de un contenido que puede ser objeto de la voluntad —escribe Utz— al conocimiento teórico va unida siempre una valoración. Esa valoración tiene lugar de manera espontánea y tal como corresponde al conocimiento objetivo de las cosas, aunque obremos en contra, sigue actuando en nosotros, e imponiendo su obligatoriedad a esa estimación valorativa”⁽⁴²⁾. En el mismo sentido escribe Abelardo F. Rossi que cuando se diferencia el saber teórico del práctico, “no se trata del fin personal perseguido por el estudioso, sino del fin propio de la ciencia en cuanto tal, de la obra u operación mental considerada en su estructura específica, con absoluta prescindencia del punto de vista subjetivo, de tal manera que la moral, por ejemplo, permanecerá siempre ciencia práctica aún cuando el moralista conozca sus principios y conclusiones, sólo por conocerlos sin llevarlos jamás a ejecución (...). De lo contrario, resultaría que la naturaleza misma de una ciencia dependería del arbitrio personal, lo que es a todas luces un absurdo (...). Si bien, pues, el saber teórico difiere del práctico en razón del fin, nos parece que la diversidad de fines tiene a su vez su fundamento en la distinción de objetos formales, distinción que constituye el criterio de la división de las ciencias. Sólo así podrá darse a la distinción de ambos intelectos un fundamento objetivo”⁽⁴³⁾. La larga cita de Rossi ha precisado con toda claridad la intrínseca dependencia de la especificación del conocimiento práctico por el fin, de aquella que se efectúa por el objeto del conocer. En rigor y como veremos más adelante, todas las especificaciones dependerán de ésta última y encontrarán en ella su fundamento.

Es a la luz de esta doctrina que deben interpretarse textos clásicos, como aquél de Aristóteles en el que afirma: “hablo del entendimiento que discierne con miras a conseguir algo, es decir, del entendimiento práctico, que se distingue del teórico en razón del fin”⁽⁴⁴⁾; y también varios de Santo Tomás,

(42) Utz, Arthur F., *Manual de Ética*, Barcelona, Herder, 1971, p. 211; en p. 27, Utz afirma que “una ciencia se dice práctica, en primer término, por razón de su objeto” y en p. 47, que “el conocimiento de la verdad y el conocimiento de los valores son actividades de una misma razón, la cual se subdivide en razón teórica y en razón práctica, únicamente en razón de sus diferentes objetos”.

(43) Rossi, Abelardo F., *o.c.*, pp. 1197-1200.

(44) Aristóteles, *Del Alma*, III, 10, 433 a.

entre ellos, uno de la Suma Teológica: “el entendimiento práctico difiere del especulativo por el fin, como dice el Filósofo. En efecto, el fin del entendimiento práctico es la operación, y el del especulativo es la contemplación de la verdad”⁽⁴⁵⁾. Estos pasajes deben ser armonizados con otros de los mismos autores, en los que afirman inequívocamente que el criterio fundamental de especificación de las ciencias es el objeto⁽⁴⁶⁾ y tomando como punto de partida que en ellos se trata del fin objetivo del saber, que depende del objeto y no del fin del cognoscente, puramente subjetivo. Además, el Aquinate afirma expresamente que una ciencia puede llamarse especulativa o práctica, “primero por parte de las cosas que estudia”⁽⁴⁷⁾, añadiendo más adelante que “no se tiene conocimiento perfecto de las cosas factibles (operabilibus) si no se conocen en cuanto realizables (operabilia)”⁽⁴⁸⁾. En otros términos, el objeto formal y materialmente operable, es el que en última instancia viene a determinar a un saber como teórico o como práctico, aún cuando se lo visualice desde la perspectiva del fin del conocer.

4.4. Por la distinta manera de conceptualizar a la verdad

Varios autores contemporáneos, entre los que se destacan los seguidores del positivismo lógico, consideran a los juicios prácticos, en especial los que corresponden a la moral y al derecho, como ajenos al dominio de lo verdadero y de lo falso. Siguiendo el camino abierto por Ockham y profundizado por Hume, consideran a ese tipo de juicios como la expresión de emociones subjetivas y, por lo tanto, como juicios de realidad; se trataría en estos casos de la afirmación o negación de la existencia en el sujeto mismo de una emoción moral; no existiría, por lo tanto, verdad o error prácticos⁽⁴⁹⁾. No es éste el lugar para efectuar una crítica detallada de esta doctrina; otros autores lo han hecho con gran solvencia y a ellos nos remitimos⁽⁵⁰⁾; digamos solamente que para el pensamiento realista clásico, a raíz fundamentalmente de que la captación de los valores se efectúa por la razón, que constituye asimismo la regla del obrar ético⁽⁵¹⁾, los juicios práctico-operativos (morales, jurídicos o políticos) caen dentro de las categorías de verdad o de falsedad. En otros términos, las afirmaciones de la razón práctica pueden calificarse de verdaderas o falsas, del mismo modo que las de la razón especulativa.

El verdadero problema aparece cuando se trata de precisar en qué consiste la verdad práctica y si ella se distingue de algún modo de la verdad especulativa. Varios autores contemporáneos sostienen la tesis de la existencia de una verdad práctica de tipo específico, distinta de la especulativa; entre ellos se destacan Thomas Deman, Leopoldo Eulogio Palacios y René Simon⁽⁵²⁾.

(45) ST, I, q. 14, a. 16; también, entre otros, vid. *De Anima*, III, L. 15, N° 820.

(46) Cfr. Aristóteles, *Segundos Analíticos*, I, 28, 2; Tomás de Aquino, Santo, ST, I, q. 1, a. 3 y varios textos más.,

(47) ST., I, q. 14, a. 16.

(48) ST, I, q. 14, a. 16, ad. 2.

(49) Cfr. Maritain, Jacques, o.c., pp. 54 y ss.

(50) Vid. Kalinowski, Georges, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, passim y la enorme bibliografía allí citada.

(51) Simón, René, *Moral*, cit., pp. 199-227 y ST., I-II, q. 90, a. 1.

(52) Vid. Deman, Thomas, *Renseignements Techniques au Traite de la Prudence*, París, edición Rev. de Jeunes, 1949, pp. 459-477; Palacios, Leopoldo Eulogio, *La prudencia política*, cit., pp. 183-93; Simón, René, *Moral*, cit. pp. 356-357. También vid. Sampay, Arturo E., *Introducción a la Teoría del Estado*, Buenos Aires, Omeba, 1961, pp. 431-434 y Soaje Ramos, Guido, *Orden Moral y Situación*, en: Sapientia, N° 50, año XIII, La Plata, 1958, p. 249.

Estos autores toman como fundamento un controvertido texto de la *Ética Nicomaquea*⁽⁵³⁾, en el que Aristóteles afirma que “práctica es la verdad que está de acuerdo con el deseo recto”, afirmación que hace suya Santo Tomás en un pasaje de la *Suma Teológica*: “la verdad del entendimiento práctico depende de la conformidad con el apetito recto”⁽⁵⁴⁾. Conforme a esto, la verdad del entendimiento práctico no se mediría por su conformidad con lo real, tal como ocurre en el entendimiento especulativo⁽⁵⁵⁾, sino por el contrario, por la conformidad del juicio práctico con las exigencias del deseo rectificado por la virtud. Lo que es más, sostiene Deman que “el juicio práctico no está destinado a informar sobre una realidad existente, sino a determinar una acción y a contentar el deseo de un fin; y si desde el lado de la elaboración de la acción no puede reprocharse nada al agente, tal juicio posee su propia verdad, aún cuando deje de estar conforme con lo que es (...) el mismo juicio puede ser falso confrontado con la realidad y verdadero con relación al deseo”⁽⁵⁶⁾.

Pero a esta doctrina pueden formularse numerosas observaciones que, a nuestro modo de ver, reducen su ámbito de aplicación y limitan considerablemente el alcance de su sentido; las principales son las siguientes:

a) Si la verdad práctica se definiera sólo por su conformidad con el apetito recto, quedaría pendiente la cuestión de cuándo se da esa rectitud, con lo que la cuestión de la verdad en el orden práctico se remitiría al criterio de la rectitud del deseo. Para que el juicio sobre un obrar cualquiera resultase verdadero, sería necesario demostrar no sólo su conformidad con el apetito recto sino, ante todo, la rectitud de ese apetito; con ello estaríamos en presencia de una remisión de Herodes a Pilato y el auténtico criterio de la verdad no vendría dado por la conformidad del juicio con el apetito rectificado sino por la rectitud del deseo, lo que a su vez se establecería por la conformidad de ese deseo con el verdadero fin, que, en tanto que bien, es convertible con el ente⁽⁵⁷⁾. Si esto es así, debemos concluir necesariamente que el último criterio de lo verdadero en el orden práctico es, al igual que en el especulativo, la conformidad del juicio con lo real, solo que considerado en su dimensión de bien. Por tratarse de una realidad práctica, el saber que se obtenga será directivo del obrar, pero, para ser *verdaderamente* directivo, habrá que ser conforme a lo real⁽⁵⁸⁾.

b) De aceptarse textualmente y sin aclaraciones la definición de la verdad práctica contenida en la *Ética Nicomaquea* 1139 a. 30, el criterio de la verdad en el orden de la praxis resultaría puramente subjetivo, toda vez que es posible el error inimputable respecto a los fines y medios del obrar ético. Yves Simon trae a colación un ejemplo que puede esclarecer este punto: supone un heredero que parte de la base —errónea, pero cuya falsedad desconoce— de que sus causantes han adquirido legítimamente la propiedad de los bienes en sucesión; con la mayor buena fe creará que tiene derecho a conservar los

(53) Aristóteles, *EN.*, VI, 2, BK 1139 a 30.

(54) *ST.*, I-II, q. 57, a. 5, ad. 3.

(55) *ST.*, I, q. 16, a. 1.

(56) Deman, Thomas, *o.c.* p. 465. Este autor trae en apoyo de su tesis las opiniones de Cayetano (In II-II, q. 47, a. 3) y de Juan de Santo Tomás (In II-II, disp. XVI, a. 1, N^o 3). Vid. también: Inciarte Armiñán, Fernando, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 159-187.

(57) *ST.*, I, q. 5, a. 1 y *passim*.

(58) Cf. Pieper, Josef, *Prudencia y Templanza*, Madrid, Rialp, 1969, p. 15.

bienes heredados y dirigirá hacia ellos su deseo; en consecuencia, todos sus juicios acerca de los actos concretos dirigidos a la conservación de la herencia, serían verdaderos prácticamente, no obstante que los bienes, en realidad, no le pertenecen⁽⁵⁹⁾. Simon, que acepta la tesis tradicional, considera que estaríamos en presencia de un caso típico de verdad práctica. Pero como bien apunta Kalinowski, citando a Scheller, este desacuerdo entre la verdad teórica y la verdad práctica no es sino una de las formas de la teoría de la doble verdad. “En el caso en cuestión —escribe el filósofo polaco— no hay más que una verdad: la que el agente moral es incapaz de conocer. Objetivamente falso, su juicio no es llamado moralmente verdadero sino por metonimia o por metáfora”⁽⁶⁰⁾. En todo rigor, este juicio es falso, por más que desde el punto de vista de la moralidad subjetiva pueda resultar excusable, en razón de alguno de los motivos que excusan los casos de conciencia errónea⁽⁶¹⁾. Lo que es más, si ésto no fuera así, no podría hablarse propiamente de “conciencia errónea”, pues de aceptarse la tesis de Deman y Simon, la conciencia sería siempre recta, por más que estuviera en desacuerdo con lo real y el apetito persiguiera un bien aparente.

c) Esta doctrina supone dar preeminencia a unos textos —discutibles en cuanto tales, como enseguida veremos— sobre varios otros de los mismos autores y sobre el sentido general de la ética realista. En cuanto el verdadero significado del texto de la *Etica Nicomaquea* 1139 a. 30, reproducida por Santo Tomás en ST. I-II, q. 57, a. 5, ad. 3, Gauthier y Jolif afirman que Santo Tomás siguió textualmente entre la *Versio Antiqua* de Guillermo de Moerbecke, que contendría —para estos autores— un error de traducción; en realidad, el texto del Estagirita habría de leerse así: “la verdad del entendimiento práctico, que es la correspondencia (pendant) de la rectitud del deseo”⁽⁶²⁾ y su sentido se orientaría a poner en evidencia el paralelismo que existe entre el entendimiento práctico y la verdad, por una parte, y el deseo y la rectitud, por el otro. Este paralelismo se resume —para los autores— en la siguiente proporción:

Verdad	Rectitud
Entendimiento Práctico	Deseo

Esto significa, lisa y llanamente, que la verdad es al entendimiento práctico lo que la rectitud al deseo, sin que la verdad práctica deba medirse por su “conformidad” con el deseo recto.

Kalinowski, por su parte, también acepta la tesis de la errónea traducción del controvertido texto aristotélico y sostiene que su versión auténtica sería la siguiente: “en cuanto a este último (el entendimiento práctico) su obra es la verdad, la cual hace pendant (correspondencia, simetría) a la rectitud del deseo”⁽⁶³⁾. Ello marcaría una cierta simetría entre el deseo recto y la verdad en el orden de la praxis, pero no una definición de esta última por su “adecuación” al primero.

⁽⁵⁹⁾ Simon Yves, *Critique de la connaissance morale*, París, Desclée, 1934, pp. 32 y ss.

⁽⁶⁰⁾ Kalinowski, Georges, *El problema...*, cit., p. 82 n.

⁽⁶¹⁾ Vid. Simon, René, *Moral*, cit., pp. 316-20.

⁽⁶²⁾ Gauthier, René y Jolif, Jean Yves, *Comentaire a l'Etique a Nicomaque*, París, Louvain-Nauwelaerts, 1970, p. 448.

⁽⁶³⁾ Kalinowski, Georges, *El problema...*, cit., p. 79.

Por otra parte, existen textos de Aristóteles y de Santo Tomás que abonan en favor de un concepto de verdad práctica en cierto sentido distinto del sostenido por la tesis tradicional. Algunos de ellos son los siguientes, comenzando por los del Estagirita: “la buena deliberación (e. d. verdadera en el orden práctico) —escribe Aristóteles— consistirá en una *rectitud conforme a lo conveniente para el fin aprehendido por la verdadera prudencia*”⁽⁶⁴⁾; “los llamamos (a los hombres) prudentes cuando *razonan bien en vistas a algún fin bueno*”, sigue diciendo el Estagirita y concluye que la prudencia consiste en “una disposición racional *verdadera* y práctica respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”⁽⁶⁵⁾. De aquí se desprende con claridad que verdadero en el orden práctico —que es el de la deliberación y de la prudencia— será aquel juicio que ordene los actos convenientemente hacia un fin bueno. En otras palabras, la verdad del juicio práctico radicará, pura y simplemente, en su adecuación efectiva al fin, es decir, a la realidad vista en su aspecto de bien.

Santo Tomás, por su parte, escribe que “lo bueno aplicable a la acción es, bajo el aspecto de verdadero, objeto del entendimiento práctico. Pues *el entendimiento práctico conoce la verdad como el especulativo*, pero ordenando a la acción la verdad conocida”⁽⁶⁶⁾; y en otro lugar afirma que lo “*apetecible es un bien, verdadero cuando persiste en el juicio del intelecto recto* o un bien aparente cuando se aparta del juicio del intelecto recto”⁽⁶⁷⁾, de donde se desprende, a contrario, que intelecto recto, o sea verdadero, es el que se adecua al bien y objetivo; y falso el que se aparta de él.

Además, cuando el Aquinate define de la verdad en general diciendo que “lo verdadero reside en el entendimiento en cuanto éste se conforma con el objeto conocido” y que “verdad es la adecuación entre el objeto (rei) y el entendimiento”⁽⁶⁸⁾, no efectúa distinción alguna entre verdad teórica y verdad práctica, razón por la cual esta definición debe aplicarse a todo tipo de verdad. Ello es así, además, en virtud de que como ya lo hemos visto, al hablar de entendimiento especulativo y práctico no se hace referencia a dos potencias distintas sino a una sola, con un uso teórico y un uso práctico, pero con una unidad esencial que no hace concebible que puedan existir dos modos distintos de verdad para cada una de sus formas de empleo.

Por lo expuesto, consideramos que no puede sostenerse la existencia de dos formas distintas de verdad: una teórica y otra práctica. En realidad, como bien escribe Messner, “la cuestión de la verdad ética aparece como una cuestión de concordancia del pensamiento con el ser y la realidad, por tanto, no de otro modo que en el sentido del concepto general de verdad”⁽⁶⁹⁾. Lo que diferencia, en este punto, al saber de modo práctico del saber de modo teórico, es que “el objeto del intelecto práctico es el bien en tanto se lo relaciona con el obrar y que es verdad que, realmente, se relaciona”, (pero) “en suma, para la inteligencia práctica como para la inteligencia teórica, el valor del conocimiento se mide por su adecuación a lo real”⁽⁷⁰⁾. En un caso se tratará

(64) EN., VI, 9, BK 1142 b 31.

(65) EN., VI, 5, 1140 a 27 - 1140 b 4.

(66) ST., I, q. 79, a. 12, ad. 2.

(67) *De Anima*, III, L. 15, N° 827.

(68) ST., I, q. 16, a. 1.

(69) Messner, Johannes, *Ética General y Aplicada*, Madrid, Rialp, 1969, p. 82.

(70) Leclerc, Jacques, *La Philosophie morale de Saint Thomas devant la pensée contemporaine*, Louvain - Paris, P.U.F. - Vrin, 1955, p. 138.

de lo real especulable y de la adecuación del intelecto al orden que la razón contempla pero no crea y que viene dado en las cosas naturales; en el otro, de lo realmente operable, de aquello que debe o puede ser hecho en relación al perfeccionamiento de la naturaleza humana. Pero en este último caso se tratará de aquello que *realmente* se ordena al *fin real* del hombre; en última instancia se trata siempre de la realidad como piedra de toque de lo verdadero y de lo falso. El fin es, para el realismo, un bien y el bien y el ente son convertibles, por lo que se tratará siempre de una realidad y su conocimiento resultará verdadero cuando la razón se adecue a esa realidad. Por tratarse, en este caso, de una realidad práctica, el saber que se obtenga será directivo del obrar, pero para ser verdaderamente directivo, habrá de ser conforme a lo real. En este sentido afirma Josef Pieper que “quien ignora cómo son o están verdaderamente las cosas no puede obrar bien, pues el bien es lo que está conforme con la realidad”⁽⁷¹⁾.

Para comprender adecuadamente, luego de lo afirmado, la fórmula de Santo Tomás según la cual la verdad práctica “depende de la conformidad con el apetito recto”, es preciso comprender que en este pasaje el Aquinate se refiere a la verdad sólo en el nivel prudencial. Así lo indica la “cuestión” en que se encuentra el pasaje citado (“si la prudencia es virtud necesaria al hombre”), como asimismo lo que el autor afirma en su comentario a la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles: “Los fines del hombre están determinados por su naturaleza, según demostramos en el libro III. Pero aquello se ordena al fin (e. d. los medios), no está determinado por la naturaleza sino que es investigado por la razón. Luego es evidente que la rectitud del apetito respecto al fin es la medida de la verdad en la razón práctica”⁽⁷²⁾. Del párrafo citado resulta que la fórmula que estudiamos se refiere al ámbito de la determinación de los medios hacia el fin bueno, es decir, al de la prudencia. Por el contrario, y cuando se refiere a los fines, Santo Tomás escribe que “el apetito se dice recto, cuando persigue lo indicado por la razón verdadera”⁽⁷³⁾, de donde se desprende que si bien en el plano de los medios, lo verdadero puede medirse por su conformidad al apetito recto, la rectitud del apetito se mide a su vez por la conformidad con la razón verdadera, es decir, aquella que conoce el fin verdaderamente bueno. “En resumen —escribe Kalinowski—, la verdad de la razón en el plano del conocimiento del fin determina la rectitud del apetito en materia de intención de ese fin. Y la rectitud del apetito que tiende hacia un fin objetivamente bueno (que le ha sido indicado precedentemente por la razón) condiciona a su vez la verdad de la razón al pronunciarse sobre los medios más adecuados en vistas de ese fin”⁽⁷⁴⁾. Nuevamente lo real, bajo modo de fin, aparece como único criterio de la verdad, en cualquiera de las formas que ella adopte.

4.5. Otros criterios de distinción.

Aparte de los apuntados, existen otros criterios de distinción de los saberes prácticos que trataremos en forma somera, por considerar que lo esencial al respecto ya ha sido estudiado. Los principales son los siguientes:

(71) Pieper, Josef, *Prudencia y Templanza*, Madrid, Rialp, 1969, p. 15.

(72) Tomás de Aquino, Santo, *In Ethicorum*, VI, 2, 1131.

(73) *Ibidem*.

(74) Kalinowski, Georges, *El problema...*, cit., p. 83. Respecto al problema de si la razón práctica se reduce a la indagación de los medios para el fin o incluye el conocimiento de éstos, vid. Gauthier y Jolif, *o.c.*, Tº II, pp. 563-581.

4.5.1. *Por la certeza del saber.*

Por certeza se entiende “el estado del espíritu que afirma sin temor a equivocarse, que está determinado a un juicio y se adhiere firmemente a él”⁽⁷⁵⁾. Esta certeza, en razón del carácter contingente y mudable de las realidades prácticas, variables en modo infinito, no puede obtenerse sino en los primeros principios del obrar. Sólo en este nivel es posible lograr la evidencia analítica que funda la certeza⁽⁷⁶⁾: efectivamente, es a través de un análisis filosófico de los principios o estimaciones morales, que es posible demostrar su verdad con certeza. Para ello debemos valernos de nociones metafísicas, sin que ello signifique que las estimaciones o normas morales primeras sean conclusiones de tesis metafísicas, sino que las presuponen para que sea efectiva su evidencia⁽⁷⁷⁾. Además, la *sindéresis*, hábito innato de los primeros principios prácticos, nos hace percibir con evidencia, en contacto con las situaciones concretas, las normas primeras de nuestro obrar moral⁽⁷⁸⁾. De modo que ya sea a través del juicio espontáneo y evidente de la *sindéresis* o de la analítica filosófica de los principios morales primeros, podemos llegar a la certeza de su verdad. Si nos encontramos ante una situación que exige nuestra opción por un bien evidente, v.gr. lanzarnos al río para salvar la vida de un niño, la *sindéresis* nos hará conocer en forma inmediata que debe salvarse la vida de un inocente, derivación inmediata del principio ético supremo “debe hacerse el bien”. Pero si a este conocimiento espontáneo le sumamos la evidencia que proviene de un análisis filosófico de las nociones (y de las realidades por ellas nominadas, ya que el solo análisis lingüístico no puede conducirnos a la evidencia que buscamos) implicadas por ese principio, nuestra certeza será mayor, similar a la que se tiene de los primeros principios teóricos⁽⁷⁹⁾. En el ejemplo dado, será necesario efectuar un análisis de las nociones de bien y de deber, como asimismo del concepto de persona humana y del valor de su vida; de todo ello concluiremos, con certeza, que el principio enunciado es verdadero.

Pero en el orden práctico, a medida que disminuye la generalidad de los principios y nos acercamos a las conclusiones más inmediatas al obrar concreto, disminuye también la certeza del saber. “Acerca de los actos humanos —escribe Santo Tomás— sobre los que versan los juicios y son exigidos los testimonios, no puede darse una certeza demostrativa, ya que dichos actos tienen por objeto cosas contingentes y variables y, por lo tanto, es bastante la certeza probable, que alcance la verdad en la mayoría de los casos”⁽⁸⁰⁾; y agrega: “la razón práctica se ocupa de cosas contingentes, que son el ámbito de las acciones humanas, y por eso, aunque se dé necesidad en los principios más generales, cuanto más descendemos a lo particular, tanto más defectos encontramos (...); respecto de las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud ni es idéntica en todos los hombres ni, en aquellos en que lo es, es igualmente conocida”⁽⁸¹⁾. En otros términos, en la misma

(75) Verneaux, Roger, *Epistemología...*, cit., p. 136.

(76) Cfr. Kalinowski, Georges, *El problema...*, pp. 132-141.

(77) Vid. Derisi, Octavio N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Madrid, CSIC, 1969, *passim*.

(78) Cfr. *ST.*, I-II, q. 94, a. 1, ad. 2.

(79) Vid. Kalinowski, Georges, *El problema...*, pp. 132 y ss.

(80) *ST.*, II-II, q. 70 a. 2; Cfr. II-II, q. 60, a. 3, ad. I., Vid. Villey, Michel, *Philosophie du Droit*, Tº II, Paris, Dalloz, 1979, p. 56.

(81) Cfr. *ST.*, I-II, q. 94, a. 4.

medida en que el saber se va acercando a la praxis, que se realiza siempre en los actos singulares, va disminuyendo la certeza de sus juicios. Por ello, como lo afirma Santo Tomás, es necesario contentarse con una "certeza" sólo probable, con un juicio, aunque inseguro, razonable, sin que pueda alcanzarse, en la gran mayoría de los casos, una certeza como la que se logra en el ámbito de las ciencias naturales o matemáticas. En el nivel de las decisiones concretas, que es el que en última instancia importa en el orden de la praxis, existe siempre un rastro de duda, de incertidumbre, de riesgo de error, que otorga a las decisiones humanas en ese ámbito un carácter angustioso, un cierto temblor, que ha sido ampliamente estudiado por varios filósofos contemporáneos⁽⁸²⁾. Por último, es preciso destacar que en esta distinción, como todas las otras, tiene su fundamento en el objeto conocido: es la praxis, por sus especiales características la que determina, en última instancia, el grado o modo de certeza de los saberes prácticos.

4.5.2. *Por el método del conocer.*

Por método y conforme a su etimología⁽⁸³⁾, ha de entenderse el "camino del saber", es decir, lo que se refiere a los medios intelectuales que conducen a su posesión perfecta, o sea, verdadera. Leopoldo Eulogio Palacios ha sostenido que el método de las ciencias especulativas es analítico, o sea encaminado a descubrir las causas a partir de los efectos, o lo desconocido a partir de lo conocido⁽⁸⁴⁾. Conforme a ello, el biólogo se remonta de la observación y descomposición de la realidad estudiada, v.gr. un óvulo fecundado, al descubrimiento de las causas biológicas de esa fecundación. Por el contrario, siempre para Palacios, el método de las ciencias prácticas sería sintético, es decir, dirigido a producir un efecto a partir de causas ya conocidas; de ese modo, v.gr., el juez lograría, a partir del conocimiento de una norma general —causa ejemplar o formal extrínseca, en este caso—, arribar al juicio prudencial propio del nivel decisorio de la sentencia. No creemos totalmente acertada la tesis del ilustre filósofo español; en verdad, el saber práctico puede construirse al modo analítico y al modo sintético; lo determinante es que el objeto de ese saber sea una praxis conocida en cuanto tal. Siendo el objeto práctico, puede ser materia de análisis, el que, en razón del objeto constituirá un saber de tipo práctico. Además, en cuanto a la síntesis, es preciso hacer una salvedad importante: la síntesis propia del "silogismo práctico"⁽⁸⁵⁾ ha de ser rigurosamente distinguida de la que se aplica, v.gr. en la geometría, donde, a partir de ciertos postulados, se deduce a través de silogismos estrictos el resultado de un teorema⁽⁸⁶⁾. Por el contrario, en el ámbito de la praxis, la síntesis se pro-

(82) Vid. entre varios otros, Wust, Peter, *Incertidumbre y Riesgo*, Madrid, Rialp, 1955, *passim*.

(83) Mans Puigarnau afirma que "la palabra método proviene de las griegas *metá* (la cual, entre otros significados, tiene los de "con, hacia, según, conforme a, por medio de, después de, en pos de") y *odós* (que significa "camino"), por lo cual, con arreglo a su etimología, se entiende que existe un método siempre y cuando se signe un cierto "camino", esto es, un procedimiento trazado con arreglo a un plan, para alcanzar un fin propuesto previamente"; *Lógica para juristas*, Barcelona, Bosch, 1969, p. 137.

(84) Palacios, Leopoldo Eulogio, *Filosofía del Saber*, cit., pp. 166-168.

(85) Cfr. Casaubón, Juan A., *Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber ser en la teoría egológica*; en: *Ethos*, N° 2/3, Buenos Aires, I.F.I.P., 1978, p. 35.

(86) Cfr. Jolivet, Régis, *Tratado de Filosofía - Lógica y Cosmología*, Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 1976, pp. 180-186.

duce a través de un razonamiento que Villey llama “cuasi-dialéctico”⁽⁸⁷⁾, y Perelman, siguiendo a Aristóteles, “retórico”⁽⁸⁸⁾ y Sacheri “deliberativo”⁽⁸⁹⁾. Para estos autores, lo que especifica al método en los saberes prácticos es el carácter no necesario de las conclusiones a que arriba; en efecto, en el caso de este tipo de saber, las premisas del silogismo normativo o estimativo⁽⁹⁰⁾, no son axiomas puestos en forma convencional, tal como en los sistemas axiomatizados de las ciencias contemporáneas; por el contrario, ellas son el producto de una búsqueda, de una investigación que se lleva a cabo en las cosas contingentes y que difícilmente pueda arribar a premisas necesarias.

Ya hemos visto que todas las especificaciones del saber tienen su fundamento último en su objeto; también aquí el diferente objeto es el que fundamenta el uso de distintos métodos para llegar al conocimiento teórico o al práctico⁽⁹¹⁾. La concepción moderna de la ciencia —y detrás de ella la contemporánea— ha pretendido, por el contrario, imponer el monismo metódico a todo el ámbito del saber; para ello ha tomado como modelo a las matemáticas o a la física⁽⁹²⁾ y sobre esa base ha intentado edificar sistemas de derecho, política o moral. El modelo matemático es el que pretendían implantar, entre otros, Leibniz y Spinoza; el de la física, el que sirvió de base a todos los intentos sociologistas que proliferaron en el siglo XIX⁽⁹³⁾. Pero, como bien escribe Aristóteles, “no se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos (...), porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimiento en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones exactas a un retórico”⁽⁹⁴⁾. Si esto es así, será preciso conocer las realidades prácticas a través de un método que se adecue a la especial naturaleza de ese objeto; aplicar a su conocimiento métodos propios de otro tipo de objetos (matemáticos, físicos, biológicos), no puede conducir sino a la total distorsión de la realidad estudiada, tal como si pretendiéramos resolver una ecuación matemática estudiando en un manual de metodología de la historia.

Las ciencias teóricas tienen gran variedad de métodos, sobre los que existe una literatura superabundante⁽⁹⁵⁾, pero todos ellos tienen una nota común: el estar orientados al descubrimiento de las estructuras de lo real, al develamiento de las leyes intrínsecas de la naturaleza, en general, a la aprehensión del orden de las cosas naturales. Siendo su objetivo la enunciación de

(87) Villey, Michel, *Le raisonnement juridique dans l'histoire: I Droit romain et moyen age*, en: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, N° 7, Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1972, p. 54. Vid. sobre Tópica y Filosofía Práctica, Hennis, Wilhelm, *Política y Filosofía Práctica*, Buenos Aires, Sur, 1973, pp. 111-144 y Viehweg, Theodor, *Tópica y Jurisprudencia*, Madrid, Taurus, 1963, passim.

(88) Perelman, Chaim, *L'empire rethorique*, París, Vrin, 1977, passim.

(89) Sacheri, Carlos, *Aspectos lógicos del discurso deliberativo*, en Ethos, N° 1, Buenos Aires, I.F.I.P., 1973, pp. 175-191.

(90) Kalinowski, Georges, *El problema...*, pp. 142-148 y 158-162.

(91) Cfr. Jolivet, Régis, *o.c.*, p. 167.

(92) Vid. nuestro libro: *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, pp. 18 y ss. y también la excelente obra de Paniker, Raimundo, *Autonomía de la Ciencia*, Madrid, Gredos, 1961, pp. 52 y ss.

(93) Cfr. Graneris, Giuseppe, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 155-158.

(94) *EN.*, I, 3, 1094 b 12.

(95) Vid. entre otros, dentro de la concepción contemporánea, Popper, Karl, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1977, passim.

verdades acerca de la realidad de las cosas, su método ha de subordinarse a este fin de contemplación.

Por el contrario, en el campo de los saberes prácticos, el método propio ha de ser aquel que teniendo en cuenta la naturaleza de su objeto, pueda concluir en directivas o estimaciones acerca del obrar humano. Ya vimos que este método ha sido objeto de diversas denominaciones; de todas las propuestas, preferimos la de método o discurso “deliberativo”, pues hace referencia explícita al campo de la praxis, del obrar ético y, contrariamente a lo que sucede con la de “retórica”, denomina un método, no se dirige sólo a persuadir sino al logro de la verdad práctica. Los términos “Dialéctica” y “Tópica” tienen demasiada amplitud, ya que su objeto excede con mucho el de los saberes prácticos⁽⁹⁶⁾ y el término “controversial” propuesto por Zuleta Puceiro⁽⁹⁷⁾ resulta, por el contrario, demasiado restringido, ya que hace referencia directa sólo al saber jurídico y, dentro de él, al que se logra en un proceso judicial, donde está reglada la controversia.

Pero cualquiera que sea el nombre que le apliquemos, el método de los saberes prácticos debe reunir las siguientes características:

a) Se trata de un discurso que por partir, salvo en el caso de los primeros principios prácticos, de premisas sólo probables, sujetas a controversia y a múltiples interpretaciones, no puede llegar sino a conclusiones de esa misma naturaleza, es decir, probables. Por ello ha escrito Recaséns Siches que “sería un error entender la certeza y la seguridad en términos absolutos (...). Lo más a que se puede llegar en derecho (política o moral, agregamos nosotros) es a la formulación de juicios de probabilidad”⁽⁹⁸⁾.

b) El método del conocimiento práctico debe incluir la consideración del elemento estimativo que se encuentra siempre presente en las realidades éticas. Por ello Soaje Ramos reclama la inclusión en el método de los saberes prácticos de una “lógica axiológica”⁽⁹⁹⁾, que estudie el orden de las estimaciones morales, políticas y jurídicas. De no tenerse en cuenta esta infaltable dimensión axiológica de la praxis, se la estará mutilando en uno de sus aspectos más propios y su conocimiento resultará distorsionado e incompleto.

c) Las posibilidades de formalización en los saberes prácticos son muy limitadas y ello en virtud, principalmente, de dos razones: en primer lugar, porque las conductas humanas, a las que se aplican los saberes prácticos, son producto no sólo de la inteligencia sino principalmente de la voluntad, condicionada a su vez por la sensibilidad; por ello no pueden, tal como los fenómenos físicos, ser encerradas en categorías rígidas, de contornos precisos, ni tampoco previstas en su singularidad con certitud rigurosa; en segundo lugar, porque el objeto que se proponen los saberes de tipo práctico no con-

⁽⁹⁶⁾ Soaje Ramos, Guido, *Sobre Tópica y Filosofía Práctica*, en: *Ethos*, Nº 2/3, Buenos Aires, I.F.I.P., p. 156.

⁽⁹⁷⁾ Zuleta Puceiro, Enrique, *Dimensiones prácticas del saber jurídico*, en: *Ethos*, Nº 2/3, Buenos Aires, I.F.I.P., 1978, p. 233.

⁽⁹⁸⁾ Recaséns Siches, Luis, *Nueva filosofía de la interpretación del derecho*, México, Porrúa, 1973, p. 295.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. Soaje Ramos, Guido, *Sobre Tópica...*, cit., pp. 155-156; Vid. Aristóteles, *Tópicos*, I, 2.

siste en analizar y prever las conductas sino en reglarlas, es decir, arribar no a constataciones sino a decisiones que pueden variar de modo casi infinito, al compás de la mutabilidad de las circunstancias. Como escribe León Husson, "la formalización de un razonamiento (...) requiere dos condiciones esenciales. Supone que, dejando de lado a la intuición y a la experiencia, de donde las ha extraído, el espíritu establezca un conjunto de definiciones, de axiomas y de reglas que se abstiene de cuestionar en el transcurso de sus razonamientos; supone también, que las proposiciones que tales razonamientos vinculan, pueden disponerse, como lo soñaba Descartes, "en largas cadenas de razones", análogas a las que los geómetras tienen la costumbre de servirse para arribar a sus demostraciones más difíciles"⁽¹⁰⁰⁾. Pero en el razonamiento práctico no puede hacerse abstracción de la realidad en ningún momento, ni aún metodológicamente, bajo pena de perder la piedra de toque de su verdad y la fuente nutricia de sus conceptos; tampoco pueden pretenderse las "largas cadenas de razonamientos" soñadas por Descartes, en razón de que el pensar práctico supone una recurrencia constante sobre los principios de los que se parte y un permanente cuestionamiento de éstos y del sentido de las realidades con que trabaja. Por todo ello, se ha de ser muy cauteloso en los intentos de formalización en el ámbito del saber práctico, sin que por ello deba desconocerse el valor que puedan tener algunos de ellos⁽¹⁰¹⁾, siempre que se los considere dentro de sus justos límites.

d) En el razonamiento práctico, por razón de su materia, juegan un papel de gran importancia la voluntad y la parte sensible del hombre. Si bien es cierto que el orden o el desorden de la dimensión afectiva o sensitiva del hombre influyen positiva o negativamente en su conocimiento especulativo⁽¹⁰²⁾, esta influencia adquiere caracteres decisivos cuando se trata del saber práctico. Refiriéndose al saber prudencial, Aristóteles escribía que "es imposible ser prudente no siendo bueno"⁽¹⁰³⁾ y que "no es posible ser bueno en sentido estricto sin prudencia"⁽¹⁰⁴⁾. En los restantes niveles del saber práctico también se presenta esta interconexión entre la afectividad y el saber, aunque en menor medida que en el juicio de la prudencia, ya que se trata de saberes no tan cercanos a la acción concreta. El fundamento de esta vinculación está, como siempre, en el objeto del saber, la acción humana, en la que se da una total imbricación de actos de la razón y de la voluntad⁽¹⁰⁵⁾. En la estructura del acto humano, a cada movimiento intelectual corresponde un acto volitivo y esta coparticipación de facultades, en mayor o menor medida, las hace mutuamente interdependientes en el logro de sus objetos. En lo que se refiere al entendimiento práctico, éste supone la rectitud de la voluntad

⁽¹⁰⁰⁾ Husson, León, *Nouvelles études sur la pensée juridique*, París, Dalloz, 1974, p. 259.

⁽¹⁰¹⁾ Como por ejemplo los sistemas K1 y K2 de Georges Kalinowski; vid. de ese autor, *Lógica del discurso normativo*, Madrid, Tecnos, 1975, pp. 92-99 y passim.

⁽¹⁰²⁾ Cfr. Orozco Delclós, Antonio, *La libertad en el pensamiento*, Madrid, Rialp, 1977, passim.

⁽¹⁰³⁾ EN., VI, 12, 1144 a 35.

⁽¹⁰⁴⁾ EN., VI, 13, 1144 b 31.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. a este respecto, entre muchos otros: Reding, Marcel, *Fundamentos filosóficos de la Teología Moral Católica*, Madrid, Rialp, 1964, p. 43 y Jolivet, Régis, *Tratado de Filosofía - Moral*, Buenos Aires, Lohlé, 1966, pp. 145 y ss.

para lograr el juicio verdadero⁽¹⁰⁶⁾. Por ello es preciso tener en cuenta, en la consideración de la metodología del saber práctico, esta conexión de la vida moral con la inteligencia, cuestión que remite necesariamente al tema de la prudencia que trataremos in extenso más adelante.

Tal como se desprende de su sola enunciación, los caracteres apuntados especifican con toda evidencia al método propio de los saberes prácticos y lo distinguen claramente de los que se aplican en los saberes especulativos. Por tratarse de una cuestión disputada, el tema del método del saber práctico ha de ser tratado más en detalle; por ahora retengamos la evidencia de su carácter específico, lo que ya es bastante frente a las tentativas contemporáneas de imponer un monismo metódico sobre los modelos de tipo físico o metafísico.

5. Continuidad del saber teórico y el práctico.

Hasta ahora hemos distinguido con cierta prolijidad el saber práctico del saber teórico, pero el análisis de estas distinciones no debe hacer olvidar una verdad fundamental: la continuidad o correspondencia entre dichos saberes. Ya hicimos mención a este tema anteriormente, pero es necesario precisarlo, a fin de no caer en el dualismo kantiano que separa tajantemente el conocimiento especulativo del práctico, construyendo el mundo del deber con independencia total de la realidad objetiva⁽¹⁰⁷⁾.

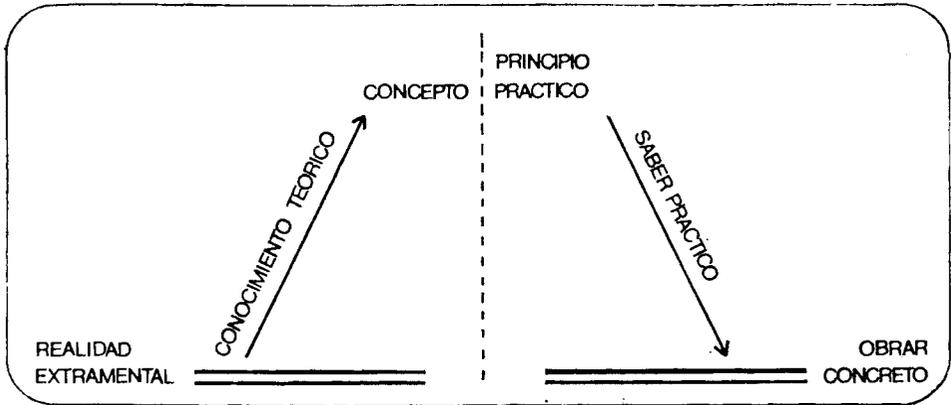
Al estudiar la naturaleza del conocimiento en general, decíamos —siguiendo en esto a Josef Pieper— que las estructuras de lo real se comportan como causa ejemplar del “qué” de nuestro conocimiento, vale decir, que las esencias “in rem” constituyen los modelos de los conceptos fruto del conocimiento intelectual. Pero este orden de ejemplaridades no termina aquí: los conceptos del entendimiento teórico se convierten a su vez en causa ejemplar del obrar humano cuando, impelido por las exigencias de la acción, el saber se hace práctico. “La razón —escribe Pieper—, en cuanto razón práctica, no se aplicaría al querer y al obrar, si no se aplicase antes y al mismo tiempo, en cuanto teoría, a las cosas. La razón no podía ser imperativa y decisoria, si antes y al mismo tiempo no estuviese cognoscitivamente abierta al ser. Aquella no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva (...). El imperativo se basa en el indicativo; éste es el que hace a aquél posible”⁽¹⁰⁸⁾. Y esto es así en razón de que el deber tiene su fundamento en el ser; aquello que debe ser hecho por el hombre para el logro de su perfección, depende intrínsecamente de aquello que el hombre es,

(106) Cfr. ST., II-II, q. 47, a. 4; vid. Gómez Robledo, Antonio, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales*, México F.C.E. 1957, pp. 202-207.

(107) Para la noción kantiana de deber, vid. Millán Puelles, Antonio, *El ser y el deber*, en: *Sobre el hombre y la sociedad*, Madrid, Rialp, 1978, pp. 69 y ss.

(108) Pieper, Josef, *El descubrimiento...*, cit., p. 52; vid. Derisi, Octavio N., *Los fundamentos...*, cit., pp. 45-63 y 349-350; a este respecto escribe Santo Tomás, que “la cosa se compara de una manera al entendimiento práctico y de otra al especulativo. Pues el entendimiento práctico causa la cosa y así es medida de las cosas que son hechas por él, pero el entendimiento especulativo, como es receptivo frente a las cosas, es movido en cierto modo por ellas, y así las cosas lo miden a él”; *De Veritate*, q. 1, a. 2.

o en otras palabras, de su esencia o naturaleza⁽¹⁰⁹⁾ y de las concretas circunstancias en que debe poner su acto libre y racional. Si pretendiéramos graficar esta afirmación, el resultado sería el siguiente:



El problema se plantea frente a la objeción, de raíz kantiana, consistente en afirmar que de lo que es, de lo real, no puede extraerse ningún deber; que del ámbito del “ser” es imposible pasar al del “deber ser”. “Cuando un hecho se da en la realidad natural —escribe Kelsen— de ello no resulta que deba existir o no. Del hecho de que los peces grandes se coman a los pequeños no es posible deducir que su conducta es buena o mala. Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al saber moral o jurídico”⁽¹¹⁰⁾. Aparte del disparate que significa pretender que se pueda calificar de buenos o malos —es decir, éticamente— a los actos de los peces, la doctrina de Kelsen, que es la de una gran cantidad de autores de cuño formalista, neo-positivista o fenomenológico⁽¹¹¹⁾, parte de una concepción distorsionada y estrecha del ser, vale decir, de la realidad objetiva. El autor vienés reduce esta última al ámbito de lo material, de lo sensible y móvil, en donde la razón descubre, ante todo, relaciones de causalidad eficiente; esta concepción, de origen cartesiano, separa a las realidades humanas del mundo de la naturaleza y hace de esta última una “res extensa”, medible y cuantificable, pero de la que, evidentemente, no puede extraerse ningún principio deontológico. Pero en verdad, lo real es más que eso; incluye “datos” de orden inmaterial, fundamentalmente de orden humano, que amplían consi-

(109) Sobre este tema de la naturaleza como fundamento de la normatividad práctica volveremos más adelante; por ahora nos remitiremos a los trabajos de Louis Lachance, *El derecho y los derechos del hombre*, Pamplona, E.U.N.S.A., 1979, de Michel Villey, *Etre e devoir - etre d'apres l'experience juridique*, en: *Archiv-für Rechts - und Sozialphilosophie*, Nº 6, Wiesbaden, F. Steiner Verlag, 1968, pp. 93-101, de Jaques Maritain, *Las nociones preliminares de la Filosofía Moral*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1966, passim y de Steinbüchel, Theodor, *Los fundamentos filosóficos de la moral católica*, Madrid, Gredos, 1959, Tº II, pp. 12-21.

(110) Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1960, p. 105; para la crítica de esta doctrina, vid. Viola, Oscar Luis, *Contra Kelsen*, Buenos Aires, 1975, pp. 56 y ss.

(111) Entre otros: Ayer, Moore, Joergensen, Ross y, en especial, von Wright, Georg Henrik, *Norma y Acción - Una investigación lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, pp. 22 y ss.

derablemente el campo de lo real "natural". Sobre todo realidades humanas, ya que "es precisamente el hombre —escribe Casaubón—, plenariamente concebido, el "trait d'union" que Kelsen no halla, entre el ser y el deber ser. El hombre, como todos los entes vivientes total o parcialmente corpóreos, nace con un ser substancial, pero imperfecto, por lo cual su bien (ontológico) simplemente tal, o sea su perfección ontológica, se halla al término de una evolución que, ontológicamente hablando, es un accidente (ens accidentale). De manera que aunque ente y bien ontológico sean convertibles, en los seres mencionados el ser substancial es sólo bien relativamente tal, mientras que gracias a cierto ser accidental adquirido, llegan a su bien simplemente tal. Ahora bien, siendo el hombre un ente dotado de inteligencia y de voluntad libre, ese desarrollo hacia su perfección no es un proceso que simplemente sea, como en vegetales y animales (los peces de Kelsen, agregamos nosotros), y en el desarrollo biológico del niño al adulto, sino que es un proceso que debe ser; la inteligencia humana naturalmente capta como bien (ontológico) aquello a que tienden sus potencias evolutivas y libres en sus aspectos superiores y según su jerarquía ontológica; por ello el bien humano es algo que se consigue sólo por una decisión de la voluntad —iluminada por el intelecto— y a través de actos libres que serán, como esa elección del fin objetivo, moralmente buenos cuando tiendan libremente hacia la perfección ontológica del hombre. He aquí el paso del ser al deber ser, del bien ontológico humano al bien moral, que Kelsen, como tantos otros filósofos, no hallaba"⁽¹¹²⁾. La larga cita del profesor argentino esclarece, a nuestro modo de ver en forma definitiva, el controvertido tema del "paso" del ser al deber ser; en rigor, no se trata de un "paso" sino de la peculiar naturaleza que adopta la perfección —el bien— en un ente dotado de razón y libertad. Aquí ya no se trata de que, volviendo al ejemplo de Kelsen, el pez grande —de hecho— se coma al chico para lograr su perfección en cuanto pez; se trata de un ser inteligente y, por ello libre, que "debe" realizar una serie de acciones para actualizar su naturaleza que, como a todos los entes que son por participación, le viene dada en forma incompleta, en potencia de una perfección acorde con su modo específico de ser.

Pero además de los argumentos expuestos, existe otro, que da razón acabada de la continuidad entre el saber teórico y el práctico; en forma sucinta, es el siguiente: como bien dice Kalinowski, para que un razonamiento tenga por conclusión a una proposición deóntica, es preciso que una, al menos, de las premisas del razonamiento tenga ese carácter; en otras palabras, de un razonamiento cuyos juicios o proposiciones son todos enunciativos, no puede seguirse una conclusión normativa o imperativa⁽¹¹³⁾. Pero resulta que en el orden de la praxis, todo razonamiento supone un primer juicio práctico, el de la sindéresis⁽¹¹⁴⁾, que es el equivalente del principio de identidad en el orden teórico: así como todo razonamiento en materia especulativa supone el primer principio de identidad, así también en el orden práctico todo razonamiento presupone un primer principio, también práctico: "debe hacerse

(112) Casaubón, Juan Alfredo, *Estudio Crítico...*, cit., pp. 51-52, para toda la problemática del deber ser con relación al ser, vid. Finance, Joseph de, *Être et agir dans la philosophie de Saint Thomas*, Roma, Université Gregorienne, 1960, passim.

(113) Kalinowski, Georges, *El problema...*, cit., pp. 93 y ss.

(114) Vid. ST., I, II, q. 94, a. 1.

el bien”⁽¹¹⁵⁾. A partir de allí, todo el razonamiento práctico adquiere un carácter deóntico que le permite concluir lógicamente en premisas normativas o imperativas. “En todo juicio —escribe Pieper— se distingue «materia» y «forma». Sujeto y predicado son la «materia» lógica; la cópula es la «forma» lógica; esta última, en cuanto une o separa sujeto y predicado, hace al juicio ser lo que es. En todo juicio particular teórico —cuyo esquema: «este es esto»— reproduce en materia («este», «es esto») y forma («es»), la estructura del principio de identidad, lo último afirmable de todo «este» y de todo «esto» es precisamente «que es». El principio de identidad afirma: el ente, sea lo que sea, es ente. El concreto juicio particular teórico dice: este ente es ente. Así, el principio de identidad, material y formalmente, es estructura de toda afirmación concreta. El dictamen de la *sindéresis*, que es el «principio de identidad» en el orden de lo práctico, opera de la misma manera en todos los imperativos concretos de la razón práctica. El dictamen de la *sindéresis* dice: el bien, sea lo que sea, deberá ser. Todo «mandato» concreto de la razón práctica dice: el bien, sea lo que sea, deberá ser. Así el principio de la *sindéresis* es igualmente la estructura entrelazante y «normativa» de todo los mandatos de la razón práctica”⁽¹¹⁶⁾. Es entonces ese primer juicio práctico —de la *sindéresis*— el que otorga carácter de “deber” a los juicios sobre objeto formalmente práctico. Así, el siguiente raciocinio:

Amar a los hijos es bueno.

Pedro es hijo de Juan.

Luego, Juan “debe” amar a Pedro.

Supone un juicio anterior: “el bien debe hacerse”, que otorga carácter normativo a todo el razonamiento y justifica, desde el punto de vista lógico, el carácter deóntico de la conclusión.

Por todo lo expuesto, resulta claro que entre la razón teórica y la razón práctica no existe solución de continuidad; lo que es más, la razón especulativa da el fundamento a la razón práctica, la prové de su “materia”, de su contenido, el que será vertido en forma deóntica por el entendimiento práctico. Sin un conocer especulativo no puede darse saber práctico, ya que éste carecería de contenido y de contacto con la realidad de las cosas; por el contrario, constituiría algo tan fantástico como la pretensión del Barón de Mundhausen de sacarse a sí mismo de un pozo, tirándose de las orejas. Pero es preciso destacar una vez más, que el fundamento de esta continuidad está, en todos los casos —saber especulativo y saber práctico—, en que el objeto de conocimiento es el ente, el cual, visto en su relación al entendimiento, se mostrará como verdad y medida del saber y visto en su relación a la perfección humana, aparecerá como bien o valor y será objeto de la voluntad guiada y “medida” por el entendimiento práctico⁽¹¹⁷⁾. Pero siempre se tratará del “ente”, pues para el realismo, fuera de “lo que es” sólo hay “nada”.

6. Los niveles del saber práctico.

Es un hecho de experiencia el que no existe un solo tipo de saber práctico y que, por el contrario, es posible descubrir en él distintos modos o

⁽¹¹⁵⁾ ST., I, II, q. 94, a. 2.

⁽¹¹⁶⁾ Pieper, Josef, *El descubrimiento...*, cit., pp. 69-70.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. ST., I, q. 5, a. 1, a. 2, a. 3 y ss., como asimismo los tratados de Metafísica de González Alvarez, de Finance, Jolivet, de Raeymaker, Gilson, Marc, etc.

niveles; así, v.gr., en el ámbito del saber jurídico, una consideración somera del campo del derecho nos permite percibir tres modos principales de conocimiento de ese objeto: el saber filosófico del derecho, la llamada "ciencia" jurídica y el conocimiento prudencial propio de la decisión concreta en materia de justicia; otro tanto ocurre con la moral: a la filosofía moral se le suma la llamada 'ciencia moral' ⁽¹¹⁸⁾ y la prudencia correspondiente a ese ámbito. En otras palabras, dentro del saber práctico puede efectuarse una división que no tiene ya fundamento en el objeto material (el obrar humano), o el objeto formal (en tanto que operable), sino en un nuevo criterio de especificación que nos permite distinguir, dentro del saber de las cosas prácticas en tanto que prácticas, varios modos o niveles de conocer ⁽¹¹⁹⁾. Afirma sobre este punto Millán Puelles que es necesario efectuar una distinción, en el objeto formal, de dos sentidos o modalidades; "puede entenderse —escribe— como el aspecto o dimensión real que la ciencia aprehende en la cosa, o como aquello que hace posible la intelección científica de ésta. En el primer caso, el objeto formal se considera por lo que en sí mismo es. En el segundo, por su oficio o función de hacer científicamente inteligible a una cosa (...). De ello se sigue el criterio esencial para una división, jerárquicamente organizada, de la pluralidad de las ciencias. Siendo, en efecto, la inmaterialidad lo que hace posible la intelección científica, sus varias formas son otras tantas clases de "objeto formal quo", y como éste es lo que hace científicamente viable al "objeto formal quod", que diferencia a una ciencia de otra, aquellas varias formas de inmaterialidad determinan las varias modalidades del conocimiento científico" ⁽¹²⁰⁾. En otras palabras, un objeto material cualquiera (v.gr., el agua) puede ser estudiado en una de sus formalidades (v.gr., en cuanto ente sensible y móvil), en diferentes niveles de inmaterialidad, lo que dará lugar a diferentes saberes: la física experimental, si se investigan sus causas próximas, o la filosofía de la naturaleza, si se buscan las causas últimas en ese orden ⁽¹²¹⁾. Maritain, siguiendo en esto a Tomás de Vío, llama al objeto formal "quod" 'ratio formalis objecti' o "perspectiva formal de realidad"; por su parte, al objeto formal "quo", lo denomina "ratio formalis sub quae" o "perspectiva formal de conceptualización" ⁽¹²²⁾. Pero cualquiera que sea la denominación (nosotros utilizaremos, en lo sucesivo, la de "objeto formal" sólo para el objeto formal "quod"), lo que interesa es que la consideración de un objeto —formal y material— en diferentes niveles de profundidad o de intensidad, da lugar a saberes diferentes, tan diferentes como la filosofía y las ciencias particulares. Esta doctrina nos parece adecuada para dar cuenta y razón de la realidad innegable de la existencia de distintos niveles en un mismo orden del

⁽¹¹⁸⁾ Existe una polémica entre los autores realistas acerca de la existencia y estructura noética de la "ciencia moral": Maritain, Jolivet, Palacios, defienden la existencia de una ciencia moral práctica; Juan de Santo Tomás, J. A. Gredt y otros tomistas niegan la existencia de una ciencia moral práctica; a lo más existiría, para estos autores, un saber especulativo sobre el obrar humano, cosa que nos resulta bastante difícil de comprender. Vid. Palacios, Leopoldo Eulogio, *Filosofía del Saber*, cit., Libro IV, cap. III, que contiene un resumen de la polémica

⁽¹¹⁹⁾ En virtud de que este tema se encuentra ampliamente disputado, no examinaremos cada una de las posiciones en debate, sino sólo aquella que consideramos correcta, remitiendo, en cada caso a la bibliografía consultada al investigar el tema.

⁽¹²⁰⁾ Millán Puelles, Antonio, *Fundamentos de Filosofía*, cit., pp. 184-185.

⁽¹²¹⁾ Maritain prefiere hablar de causas empiriológicas y causas ontológicas; vid., *Filosofía de la Naturaleza* Buenos Aires, Club de Lectores, 1945, pp. 165 y ss.

⁽¹²²⁾ *Ibidem*, pp. 150-153.

saber, además de aparecer conforme al pensamiento de Tomás de Aquino; en efecto, en sus comentarios a la *Metafísica* de Aristóteles, el Aquinate escribe que “la ciencia se compone de conclusiones por las causas inferiores. La sabiduría considera, por su parte, las causas primeras; por ello se la llama la más elevada de las ciencias”⁽¹²³⁾. Conforme a este texto, la distinción fundamental entre ciencia en sentido estricto y filosofía —“sabiduría humana”⁽¹²⁴⁾— radica en el tipo de causas a la luz de las cuales consideran a su objeto. Este criterio de distinción tiene la ventaja, en primer lugar, de ser el más claro y evidente y, en segundo término, de abarcar varias otras de las pautas que se consideran especificatorias de las ciencias particulares y la filosofía; así, Villey, citando a Paul Ricoeur, afirma que la filosofía aparece en tensión hacia un saber universal, distinto del de las ciencias, que abarcan sólo un objeto particular⁽¹²⁵⁾; Maritain, ya lo vimos, distingue filosofía y ciencias, según que su búsqueda sea por las causas ontológicas o por las causas empiriológicas⁽¹²⁶⁾; Simard, por su parte, sostiene que la filosofía es el único conocimiento dotado de certeza, mientras que las ciencias no alcanzan sino probabilidad y opinión⁽¹²⁷⁾, etc. Pensamos que no existe oposición entre estos criterios, toda vez que las causas primeras u ontológicas son las más universales y, a la vez, las dotadas de mayor certeza, por partir de principios evidentes; por su parte, las causas segundas o inmediatas, que Maritain llama empiriológicas, no son universales, ni están dotadas de certeza, tal como lo atestiguan los más eminentes científicos y epistemólogos contemporáneos⁽¹²⁸⁾. Por lo expuesto, y a los fines de este estudio, consideramos filosofía al saber, “sabiduría”, por las causas últimas dentro de un determinado orden y “ciencia”, en sentido estricto, al saber que conoce por las causas inmediatas⁽¹²⁹⁾.

Conforme al criterio antedicho, la determinación de los niveles del conocimiento práctico daría lugar al siguiente esquema:

a) *Filosofía Práctica*: Considera al obrar humano desde la perspectiva de su operabilidad (es decir, en tanto que operable y en sus causas primeras). Se entiende que se trata de las causas primeras en el orden de la praxis, ya

⁽¹²³⁾ Tomás de Aquino, Santo, *In Metaphysicæ*, I, 1, 34; Vid. *ST. I-II*, q. 57, a. 2, ad. 1.

⁽¹²⁴⁾ Ramírez, Santiago, *o.c.*, p. 129. Hablamos de ciencia “en sentido estricto”, toda vez que tomado el término “ciencia” en toda su amplitud analógica, hace referencia a todo saber por las causas, en cuyo caso debe aplicarse también, y de modo eminente, a la filosofía; Vid. Aristóteles, *Segundos Analíticos*, I, 2 y *Metafísica*, I, 1 y 2.

⁽¹²⁵⁾ Villey, Michel, *Philosophie du droit*, cit., Tº I, pp. 26-27.

⁽¹²⁶⁾ Maritain, Jaques, *Filosofía de la Naturaleza*, cit., pp. 161 y ss.

⁽¹²⁷⁾ Simard, Emile, *Naturaleza y alcance del método científico*, Madrid, Gredos, 1961, *passim*.

⁽¹²⁸⁾ Vid. Casaubón, Juan A., *La actividad cognoscitiva del hombre*, cit., p. 32.

⁽¹²⁹⁾ A este respecto, considero necesario transcribir un esclarecedor texto de Roger Verneaux, con el fin de evitar confusiones respecto al concepto de sabiduría: “Sapientia considerat causas primas. Esta definición implica otra idea más, no formalmente explicitada pero fácilmente deducible, a saber, que la noción de sabiduría es analógica. La sabiduría, en efecto, emplea grados y puede ser más o menos perfecta. A modo de primera aproximación, digamos con Santo Tomás que es posible distinguir entre varias sabidurías relativas, *secundum quid*, y la sabiduría pura y simple, *simpliciter*. Las primeras consideran las causas últimas en un dominio determinado, por ejemplo, la naturaleza, o la vida. La segunda considera las causas absolutamente primeras y, en consecuencia, absolutamente universales (Étic., VI, 5, 1180-1181). De hecho, la sabiduría *simpliciter* es la metafísica y la causa absolutamente primera de todo el universo es Dios”; Verneaux, Roger, *Introducción General a la Filosofía y Lógica*, Barcelona, Herder, 1972, pp. 21-22; es en este sentido relativo, *secundum quid*, que se habla de “sabiduría” en el texto, refiriéndose a la filosofía práctica, ed., en cuanto considera los primeros principios en el orden del obrar.

que si bien “el ente es lo primero entendido simpliciter (pura y simplemente), cuando el sujeto que ya tiene uso de razón ha de ejecutar alguna acción, lo primero que entiende es el bien”⁽¹³⁰⁾. De modo que como el bien tiene razón de fin, la causa final del obrar humano —y vinculada con ella la causa ejemplar o formal extrínseca⁽¹³¹⁾—, consideradas ambas en su dimensión primera, son el objeto propio de la filosofía práctica. Es preciso recalcar esto último, ya que cuando se habla de que las ciencias prácticas conocen por las causas, el hábito mental de la gran mayoría, formado en un ambiente positivista o científicista, tiende a imaginar que se trata de las causas eficientes. En rigor, las causas que la filosofía y las ciencias prácticas conocen son principalmente la final y la ejemplar, en otras palabras, aquellas que de modo directo influyen positivamente en la constitución del obrar humano. Aquí los fines cumplen la función de principios⁽¹³²⁾ y por ello, la filosofía práctica será la que los estudie en su ultimidad, en la dimensión más profunda de las asequibles a la razón humana.

b) *Ciencias Prácticas*: Consideran al obrar humano también en cuanto operable, ya que “acerca de las cosas del universo del obrar no hay ciencia perfecta si no se saben en cuanto capaces de ser puestas en obra”⁽¹³³⁾; pero lo consideran no ya en las últimas de sus causas, sino en las que guardan mayor proximidad a la acción; en otras palabras, estudian las causas próximas —final y ejemplar— de la operación humana. “Las ciencias positivas prácticas —escribe Juan A. Casaubón— buscarán fines no últimos del hombre, sino sólo intermedios (. . .). De todo lo dicho se infiere que las ciencias positivas prácticas se «subalternan» a la ética filosófica, en cuanto a sus conclusiones fundamentales, pues las causas próximas —es decir, ahora, los fines próximos morales— son medios para las causas o fines últimos, campo de la ética filosófica”⁽¹³⁴⁾. Así, v.gr., la ciencia del derecho considerará las normas más próximas del obrar social— derecho positivo “per se” o derecho natural receptado en normas positivas— y los fines más inmediatos de las instituciones jurídicas; la consideración del fin último del derecho y de sus normas fundamentales quedará dentro del dominio propio de la filosofía del derecho, parte de la filosofía práctica. Contrariamente a lo que ocurre en esta última, que conoce en universal y en abstracto, en el plano de la ciencia práctica aparecen las circunstancias más generales que condicionan la acción humana; en otras palabras, en el saber por las causas más próximas del obrar ya comienzan a considerarse las circunstancias, si bien no en su total concreción, en que ha de desarrollarse el dinamismo del hombre en la edificación de su vida plena.

c) *Conocimiento prudencial*: En el orden del saber práctico, por su intrínseca ordenación al obrar, se agrega un nuevo modo de conocer: el saber prudencial, que como bien dice Aristóteles, “es evidente que no es ciencia”⁽¹³⁵⁾, ya que considera a la operación en lo que tiene de singular e irreplicable. “Lo que se refiere a la acción es particular”⁽¹³⁶⁾, escribe el Esta-

(130) Sanguinetti, Juan José, *La filosofía de la ciencia según Santo Tomás*, Pamplona, E.U.N.S.A., 1977, p. 317.

(131) Cfr. Ferrer Arellano, Joaquín, *Filosofía de las relaciones jurídicas*, Pamplona, E.U.N.S.A., 1963, pp. 271 y ss.

(132) ST., I-II, q. 20, a. 1.

(133) ST., I, q. 14, a. 16.

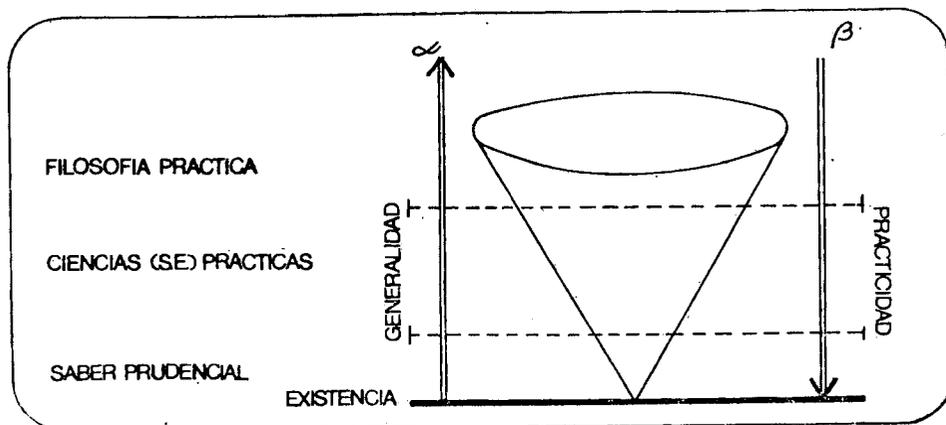
(134) Casaubón, Juan A., *La actividad . . .*, cit., pp. 64-65.

(135) EN., VI, 8, 1142 a. 25.

(136) EN., VII, 3, 1147 a. 3.

girit, poniendo de relieve que la praxis se concreta, en última instancia, en una serie de actos singulares, acerca de los cuales es necesario obtener algún conocimiento intelectual, de modo que no se sigan de un querer ciego, sino que hasta ellos llegue el dominio eminente de la razón. Este conocimiento, que se encuentra rectificado por la posesión de la virtud intelectual de la prudencia, culmina en un acto de imperio, en un imperativo de la razón práctica, por el que se ordena en forma inmediata a la voluntad —propia o ajena— que ponga en obra los medios adecuados para el logro de un fin percibido como bueno. Se trata del acto de la razón más cercano a la acción singular, más allá del cual ya no hay conocimiento sino obrar y en el que culmina todo el saber práctico. Todos los niveles enumerados adquieren su perfecto sentido en el último juicio práctico, por el que el hombre decide, en vista de ciertas circunstancias muy concretas, realizar o no realizar una acción determinada. Aquí las circunstancias son determinantes y han de ser consideradas en su mayor concreción; consecuentemente, la generalidad desaparece y se hace presente un imperativo intransferible para una situación única y absolutamente singular⁽¹³⁷⁾.

Para graficar esta estructura del saber práctico, Soaje Ramos propone la imagen de un cono invertido, que representa la totalidad del conocimiento práctico; el cono se encuentra cortado por líneas transversales que indican los diferentes niveles del saber práctico, en otras palabras, los diversos saberes dentro de ese orden. Unifica a esta totalidad, representada por la figura, la común referencia a una zona de la conducta humana, que se ubica en el vértice del cono; éste descansa sobre un plano horizontal que representa el plano de la existencia concreta en el que se desarrollan las conductas humanas singulares. He aquí la figura:



Acerca de este esquema Soaje Ramos destaca dos aspectos: a) que a medida que se desciende de la base al vértice, el conocimiento adquiere una menor generalidad y una mayor singularidad (flecha α), hasta que en el saber

(137) Cfr. Fernández Sabaté, Edgardo, *Los grados del saber jurídico*, Tucumán, U.N.T. 19, pp. 91-92, y passim; *La Prudencia*, Tucumán, U.N.T., S. F., pp. 15 y ss.

prudencial la generalidad desaparece y la singularidad es total; b) que cuanto más nos acercamos al vértice del cono, aumenta la practicidad del conocimiento (flecha β), hasta la practicidad pura y simple del juicio prudencial y del imperativo que es su consecuencia⁽¹³⁸⁾.

7. Notas aclaratorias al tema de los niveles del saber práctico.

Sobre el tema recientemente esbozado de la estructura del saber práctico, es preciso realizar algunas precisiones, que aclaren el alcance de las afirmaciones que allí se han efectuado.

7.1. La primera de ellas es la que se refiere a la posible vinculación de los niveles del conocimiento práctico con los grados del saber teórico o modos de abstracción del conocimiento especulativo. Dice a este respecto Maritain que la estratificación de diversos planos en el saber práctico "no tiene nada que ver con los grados de abstracción característicos de las ciencias especulativas, que penetran toda la extensión del saber, desde el cielo metafísico, del cual debe suspenderse, hasta la tierra de la experiencia, en la que debe indispensablemente apoyarse"⁽¹³⁹⁾. El error de confundirlos lo comete, entre otros, Sanguinetti, quien al tomar como modelo la estructura del saber teórico, termina colocando a la ética en el mismo plano que la metafísica, lo que es manifiestamente erróneo⁽¹⁴⁰⁾. Los niveles del saber práctico se establecen según la distinta profundidad de las causas —final y ejemplar— con que se considera al obrar humano; nada tienen que hacer en él ni la "abstractio totalis" de la física, ni la "abstractio formalis" de las matemáticas; y tampoco pertenece al plano de la "separatio" o abstracción precisiva propia de la metafísica, no obstante que la filosofía práctica haga uso de los elementos nocionales de la "philosophia prima", como fundamentos imprescindibles sobre los que debe edificarse su saber⁽¹⁴¹⁾.

7.2. La segunda aclaración se refiere a la posibilidad de que exista ciencia, es decir, saber por las causas, acerca de una materia tan contingente y mudable como lo es el obrar humano. Aristóteles y Santo Tomás sostuvieron siempre que la ciencia versa acerca de lo necesario, que es lo único susceptible de un conocimiento cierto y no meramente probable; para el Aquinate, la inteligencia "conoce perfectamente las cosas necesarias, que tienen un ser perfecto en la verdad (...) lo contingente, en cambio, lo conoce imperfectamente, porque tiene un ser y una verdad imperfecta"⁽¹⁴²⁾. Frente a esta afirmación, la pregunta surge de inmediato: ¿cómo es posible que exista ciencia de un objeto tan contingente como lo es la praxis? La respuesta aparece no bien se tiene en cuenta que el saber científico, para la concepción realista,

(138) Soaje Ramos, Guido, *El concepto de derecho - La norma jurídica*, Cuadernos Didácticos del Instituto de Filosofía Práctica, Nº 5, Buenos Aires, I.F.I.P., 1977, p. 20. La determinación precisa de los distintos niveles del saber práctico no se encuentra en la figura de este autor.

(139) Maritain, Jacques, *Los grados del saber*, cit., p. 490.

(140) Vid. Supra 8. c).

(141) Vid., sobre este punto, Sanguinetti, Juan José, o.c., pp. 131-200. En contra: Ponferrada, Gustavo Eloy, *Nota sobre los "grados de abstracción"*, en: *Sapientia*, Nº 130, Buenos Aires, U.C.A., 1978, pp. 267-284.

(142) ST., I, q. 79, a. 9.

considera aquello que de necesario hay en los casos contingentes y que sólo en la medida en que esa cierta necesidad exista es posible hablar de conocimiento científico. En palabras de Tomás de Aquino, los entes contingentes sólo pueden estudiarse “en cuanto en ellos se halla alguna necesidad; pues nada hay de contingente que no contenga algo necesario”⁽¹⁴³⁾. En efecto, lo que las ciencias prácticas —y la filosofía práctica— perciben, es sólo aquello que de necesario puede descubrirse en la mutabilidad del obrar humano. Por supuesto que no se trata aquí de necesidad física o lógica sino de necesidad deóntica, aquella por la que un sujeto y una determinada conducta se encuentran vinculados por una relación de deber⁽¹⁴⁴⁾; esa vinculación de necesidad moral de un sujeto o de un grupo de sujetos, con una conducta o un cierto número de conductas, por la que estas últimas son necesarias para la perfección de los primeros, es el fundamento de la posibilidad de la constitución de una ciencia práctica; si no existiera sería impensable ese tipo de saber. Por supuesto que aquí se trata no de algo que se sigue infaliblemente de una causa eficiente, tal como se tiende a pensar espontáneamente cuando se habla de necesidad, sino de conductas que son necesarias para un fin, el cual es, a su vez moralmente necesario al hombre para el logro de su perfección. Pero sea como sea, la necesidad existe y es ella la que posibilita la estructuración del saber práctico.

7.3. La tercera de las necesarias precisiones, se refiere a la que hemos denominado practicidad creciente del saber práctico, en la medida en que se acerca a la concreta y singular obra humana. Entre varios autores realistas existe la tendencia a graduar, en forma precisa, las vinculaciones entre el saber teórico y el práctico hablando de saber especulativo —práctico en el nivel filosófico⁽¹⁴⁵⁾ y de saber práctico— práctico en el nivel de las ciencias prácticas; o también de “linajes del saber”⁽¹⁴⁶⁾, a los que se califica de “teoricidad atenuada”, “practicidad atenuada” y “practicidad completa”. Creemos, siguiendo en ello a Calderón Bouchet, que tales distinciones, lejos de aclarar la naturaleza del orden práctico, terminan por confundirlo⁽¹⁴⁷⁾. En rigor, cuando un saber versa sobre un objeto material operable y lo considera en tanto que tal, es práctico en todos sus niveles y formas que pueda adquirir⁽¹⁴⁸⁾. Sostener lo contrario implicaría dejar de lado a un sano realismo, que diversifica los saberes por su objeto y penetrar en los meandros de un subjetivismo de raíz idealista, que los especificaría desde la perspectiva del sujeto cognoscente.

El problema se plantea frente a un texto de Santo Tomás donde se dice que la ciencia “que es especulativa por el modo (de conocer) y por el fin (del conocimiento), es en cierto modo (secundum quid) especulativa y en cierto modo (secundum quid) práctica”⁽¹⁴⁹⁾. A nuestro entender y partiendo de lo afirmado en 4.3. en el sentido de que cuando el Aquinate se remite al fin

⁽¹⁴³⁾ ST., I, q. 86, a. 3.

⁽¹⁴⁴⁾ Vid. Soaje Ramos, Guido, *El concepto de derecho - Examen de cada una de las tres acepciones principales de la palabra “derecho”*. Cuadernos Didácticos del Instituto de Filosofía Práctica, Nº 3, Buenos Aires, I.F.I.P., 1976, pp. 28-37.

⁽¹⁴⁵⁾ Vid. Maritain, Jacques, *Los grados del saber*, cit., pp. 725-742.

⁽¹⁴⁶⁾ Vid. Palacios, Leopoldo Eulogio, *Filosofía del saber*, cit., L. II, cap. III.

⁽¹⁴⁷⁾ Calderón Bouchet, Rubén, *Los fundamentos de las ciencias prácticas*, inédito, pp. 103-104.

⁽¹⁴⁸⁾ Cfr. Utz, Arthur F., *Ética Social*, Tº I, Barcelona, Herder, 1964, p. 113.

⁽¹⁴⁹⁾ ST., I, q. 14, a. 16.

para distinguir el conocimiento especulativo del práctico se refiere al fin del saber —es decir, ya especificado por su objeto formal y no al fin del sabedor— la afirmación de Santo Tomás debe aplicarse al caso del conocimiento de un objeto material operable, pero no conocido formalmente como tal; es decir, se trataría de una materia práctica pero no conocida en cuanto tal sino al “modo” especulativo, o sea en cuanto realidad exterior aprehensible por los sentidos y el intelecto. En rigor, se trataría de un saber formalmente teórico, pero al que Santo Tomás, por versar sobre un objeto materialmente práctico, llama “secundum quid práctico”, de algún modo —por su materia— práctico.

8. *La jerarquía de los saberes prácticos.*

El último de los puntos que requiere ser considerado, es el que se refiere a la jerarquía de los distintos tipos del saber práctico entre sí y la de éstos con referencia al saber teórico. A tal efecto, debemos precisar previamente que la jerarquía de los saberes se establece por relaciones llamadas de subalternación; ellas pueden ser de tres especies: α) cuando el objeto propio de un saber se encuentra comprendido en el objeto de otro, de mayor extensión, como en el caso de la morfología, que se encuentra subalternada a la biología general; β) cuando un saber obtiene sus principios de otra ciencia, que resulta por ello subalternante, como en el caso de la ingeniería electrónica, que recibe sus principios de la física electrónica; γ) cuando el fin de un saber es superior y directivo respecto a los de otros saberes, como en el caso de la ciencia política que subalterna a la economía⁽¹⁵⁰⁾.

a) En lo que al tema de los niveles del saber práctico respecta, esta subalternación se da, en primer lugar entre estos mismos niveles, ya que el saber de tipo prudencial recibe sus principios, inmediatamente, de las ciencias prácticas y, fundamentalmente, de la filosofía práctica y las ciencias prácticas, a su vez, los reciben de la filosofía. Ello es así toda vez que —como ya lo hemos visto— los fines cumplen en el orden de lo operable el papel de los primeros principios y por lo tanto, el saber que estudia los fines últimos del obrar, es decir la filosofía práctica, subalterna a todos los saberes que se refieren a los fines intermedios; en otras palabras, los fines próximos que consideran las ciencias prácticas —y con mayor razón, los medios que discierne el saber prudencial— tienen carácter instrumental respecto de los fines que la filosofía considera; este último saber ejerce, por ello, una función directiva sobre las restantes formas de conocimiento práctico, controlando la verdad de sus resultados, orientando sus investigaciones y confiriéndoles la unidad que proviene de su ordenación a un fin común⁽¹⁵¹⁾.

b) En segundo lugar, se da una subalternación del conocimiento práctico a los saberes teóricos que estudian al hombre e intentan descubrir los caracteres de su naturaleza y de sus modos de operación; fundamentalmente esta subalternación se da respecto de la antropología filosófica, que considera, desde la perspectiva de la filosofía natural, al hombre en cuanto ente racional; por ello, debe sostenerse “la existencia de un vínculo de subalternación propia

⁽¹⁵⁰⁾ Cfr. Sepich, Juan R., *Introducción a la filosofía*, Buenos Aires, C.C.C., 1942, pp. 176-185.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. Martínez Doral, José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, E.U.N.S.A., 1963, p. 131, quien la llama “dirección política”.

—por razón del objeto— entre la filosofía moral y la psicología (filosófica), desde el momento que el objeto formal propio de aquella se constituye por la adición de una diferencia accidental —la moralidad— al objeto propio de la psicología, que es el acto humano en sí mismo”⁽¹⁵²⁾. Este modo de subalternación no es sino una consecuencia de continuidad que existe entre el saber teórico y el práctico del que hemos hablado más arriba.

c) También en el mismo sentido apuntado precedentemente las diversas ramas o formas del conocimiento ético: político, jurídico, personal, familiar, se subalternan a la ética general, en razón de que su objeto queda comprendido en el de este último saber. El objeto de la filosofía moral consiste en la ordenación de los actos humanos, en general, hacia su fin propio; el de, v. gr., la filosofía del derecho, radica en la adecuación de los actos humanos jurídicos hacia el bien común⁽¹⁵³⁾; de allí la subalternación, por “inclusión” de la filosofía del derecho en la ética en general⁽¹⁵⁴⁾, que su objeto se halla incluido en el de este último conocimiento.

d) Pero también dentro de los modos principales que puede adquirir la ética existe una subalternación, llamada impropia pero no por ello menos real, de todos ellos a la política, en razón del fin perseguido por este último saber. Escribe a este respecto Aristóteles, que si buscamos aquella ciencia que concierne a lo bueno y lo mejor “parecería que ha de ser la más principal y eminentemente directiva. Tal es manifestadamente la política (...). Vemos además que las facultades más estimadas le están subordinadas, como la estrategia, la economía, la retórica. Y puesto que la política se sirve de las demás ciencias prácticas y legisla además qué se debe hacer y de qué cosas hay que apartarse, el fin de ella comprenderá las de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre”⁽¹⁵⁵⁾. El bien común, objeto propio del saber político, es el mayor de los bienes temporales⁽¹⁵⁶⁾, por ello, la ciencia que lo tenga formalmente como objeto, subalternará a sí, por razón de la superioridad de su fin, a todas las que se dirijan a conocer, prácticamente, fines inferiores o particulares. Y en este sentido, la ética personal, familiar, económica, etc., se subalternan a la ciencia política, que resulta directiva de todos estos saberes por la fuerza directiva del fin que es su objeto propio.

e) Por último, es preciso hacer referencia a la subordinación de todo el saber práctico, en especial en su nivel filosófico, respecto de la metafísica. Ya

⁽¹⁵²⁾ Ruiz-Jiménez, Joaquín, *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid EPESA, 1960, pp. 216-217. Vid. Meinvielle, Julio, *La subalternación de la ética a la psicología*, en: *Sapientia*, N° I, Buenos Aires, U.C.A., 1946, pp. 124-135. Al respecto afirma Aristóteles: “es evidente que el político debe conocer en cierto modo lo referente al alma, como el que cura los ojos también todo el cuerpo”; *EN.*, I, 13, 1102 a 17.

⁽¹⁵³⁾ Vid. Soaje Ramos, Guido, *El concepto de derecho*, cit., pp. 3 y ss., para la determinación de la conducta humana “jurídica”.

⁽¹⁵⁴⁾ Cfr. a este respecto entre otros, Del Vecchio Giorgio, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1969, p. 285 y Messner, Johannes, *Ética social, política y económica*, Madrid, Rialp, 1967, pp. 256-262.

⁽¹⁵⁵⁾ *EN.*, I, 2, 1099 a 26.

⁽¹⁵⁶⁾ Cfr. a este respecto, entre muchos otros: Calderón Bouchet, Rubén, *Sobre las causas del orden político*, Buenos Aires, Nuevo Orden, 1976, pp. 47-98; Cardona, Carlos, *La Metafísica del bien común*, Madrid, Rialp, 1966, pp. 44-49; Koninck, Charles de, *De la primacía del bien común, contra los personalistas*, Madrid, Cultura Hispánica, 1952, passim; Soaje Ramos, Guido, *Sobre la politicidad del derecho*, en: *Boletín de Estudios Políticos*, N° 9, Mendoza, U.N.C., 1958, pp. 84 y ss. y Palacios, Leopoldo Eulogio, *El mito de la nueva cristiandad*, Madrid, Rialp, 1957, pp. 125 y ss.

no se trata aquí de una subalternación especial, sino de la necesidad de la existencia de la "filosofía primera" para la constitución de la filosofía práctica; y esta necesidad aparece evidente cuando se considera que la gran mayoría de los elementos nocionales con que trabaja la filosofía práctica, tienen origen metafísico: las nociones de acto y potencia, sustancia y accidente, de causa, etc., son todas ellas nociones metafísicas con las que se constituye la ética filosófica. Pero no se trata sólo de esto; además —y principalmente— la filosofía práctica supone y se subordina a una metafísica que tenga por objeto el ente en tanto que ente; sólo a partir de ese conocimiento puede edificarse una doctrina del bien —que es convertible con el ente— del hombre, que no es sino el más perfecto de los entes finitos⁽¹⁵⁷⁾. "Es un error de consecuencias graves para el pensamiento moral la escisión entre metafísica y ética, tanto en sus afirmaciones como en su método (...). La ética necesita justificar por otro camino su alcance y su proceso metódico. No es una disciplina fundante sino fundada, la razón de su estabilidad no se la ofrece el terreno accidentado del acontecer moral sino el firmamento de la especulación metafísica"⁽¹⁵⁸⁾. Y la razón fundamental es que, en todos los casos, se trata siempre del ente; en la metafísica, considerado en cuanto tal; en la filosofía práctica, en una de sus dimensiones, por lo que resulta evidente el dominio "político" que debe ejercer la metafísica sobre el ámbito del saber práctico. Y de hecho lo ha ejercido, pues la historia de la filosofía demuestra, sin lugar a dudas, que a cada concepción metafísica le ha seguido —inexorablemente— una determinada concepción del fin del hombre y de la regulación de su obrar.

9. Conclusión

A pesar de la extensión del texto que precede, han quedado pendientes, —tenemos conciencia de ello— gran cantidad de cuestiones; otras han sido objeto de un tratamiento más breve del que merecen o menos prolijo del que debiera serlo.

No obstante, creemos haber cumplido con el objetivo de plantear los principales problemas del saber práctico y tender las líneas directrices de sus soluciones correctas. Comenzando por un breve estudio acerca del conocimiento humano, hemos investigado su distinción en teórico y práctico, como asimismo su continuidad profunda, fundada en la unidad del ente. Luego hemos intentado establecer los modos o niveles del saber práctico, realizando un análisis muy somero de cada uno de ellos. Por último, hemos estudiado las relaciones de jerarquía que se descubren entre los modos o niveles del saber práctico y entre éstos y el saber teórico, fundamentalmente el metafísico.

Al tratar todos estos puntos, hemos tratado de poner especialmente de relieve la vinculación del conocer y del deber con el ser, ya que estos puntos nos parecen la clave de bóveda de toda la temática abordada. En definitiva, todo se reduce a ser; ser verdadero, ser conocido, ser humano, ser bello. Y todo el ser no es sino una participación del Ser, aquél de quien El mismo dio la definición: Yo soy el que soy⁽¹⁵⁹⁾. Fuera de El, caemos en el abismo de

(157) Cfr. Derisi, Octavio N., *o.c.*, pp. 11 y ss.

(158) Sepich, Juan R., *Introducción a la ética*, Buenos Aires, Emecé, 1952, p. 182.

(159) *Exodo*, 3, 14.

la nada y pierde su sentido la realidad, el obrar humano, la política, el derecho, la economía y todo lo que el hombre hace o descubre en el breve camino de su vida en el mundo. Para que esas realidades recobren su sentido propio, es preciso retomar el camino que conduce del ser al obrar y del obrar al Ser, fin último al que se ordena la totalidad de la praxis humana.

CARLOS IGNACIO MASSINI

IUS FASQUE EST

(estudio sobre las relaciones entre lo jurídico y lo sagrado en el primitivo derecho romano)

Los vocablos “fas” y “ius” están vigentes en la lengua jurídica romana desde la época primitiva. A veces, aparecen aplicados en forma aislada, tal como resultaría de las formas “fas est” (o “fas non est” = “nefas”) o “ius est” (o “ius non est” = iniustum), pero muchas veces aparecen concordantemente en una sola frase, como la que sirve de título a este trabajo. En tal sentido, la cita que resulta más obligada es la de Virgilio (*Georg.*, I, 269): “Fas, iura que sinunt”, con valor de “El *fas* y el *ius* permiten...”, que mereció la glosa igualmente recordada siempre de Servio: “...id est divina humanaque iura permittunt: nam ad reliigionem *fas*, ad homines *iura* pertinent”, lo cual podría ser traducido así: “...es decir (ello significa) que los *iura* divinos y humanos permiten: en efecto, el *fas* atañe a la religión, mientras que el *ius* corresponde a los hombres”. Ello señala que si bien por un lado son conceptos distintos, existe sin embargo entre dichos vocablos una determinada relación. Precisamente lo que se tratará de determinar acá es no solamente qué cosa es el “fas” y qué cosa es el “ius”, sino también cual es la relación que existe entre ambos.

Ahora bien, cuando abrimos cualquiera de los manuales corrientes de Derecho romano, dentro de una parquedad muy llamativa, nos encontramos con aclaraciones como la siguiente: “*Fas*” es el derecho sagrado, la *lex divina*; *ius*, es la obra de la humanidad, *lex humana*(¹). Pero si “fas” = “lex divina”, no se nos indica mayormente en qué consiste ésta. Más aún, a esta “lex divina” mas que entenderla como la voluntad emanada de un dios —como podría ser de Iuppiter, “qui omnem mundum regit” (Cicer., *de rep.*, 6, 13, 13)—, se la suele encarar como la correspondiente al *ius divinum* considerado como el que “atañe a las relaciones entre el hombre y los dioses”(2).

La respuesta puede conformar en la superficie, pero si seguimos inquiriendo, el panorama no se nos aclara, puesto que si “fas” = “normas vinculantes de conductos divinas y humanas”, no se explica tampoco el concepto dentro del contexto de la restante terminología usada por los romanos. Así, el vocablo propio de la relación humano-divina, es el de “religio” —de “re-ligare”—, en el sentido de “re-unir”, “re-ligar”, “re-atar” los hombres a los dioses, primigeniamente aplicado a los Manes (de ahí el sentido de las *res religiosas*, Gayo, II, 6). Y también, dentro de una terminología bien jurídica, se habla del “ius sacrum”(3); del “ius auspiorum”(4); de “ius augurum”(5); de “ius

(1) Petit, E., *Manuel élem. de Droit romain*, 9e. ed., p. 4, N° 5.

(2) Iglesias, J., *Derecho Romano*, 5ª ed., Ariel, Barcelona, 1965, p. 84.

(3) Quintiliano, *Insts.*, 2, 4, 33.

(4) Cicer., *de natura deorum*, 2, 4, 6.

(5) Cicer., *de senect.*, 4, 12; 11, 38; *de domo*, 15, 39; *ad fam.*, 3, 9, 3; *de leg.*, 2, 12, 31; *Brutus*, 77, 287; *Gell.*, *praeft.*, 13, 7, 6, 12.

religionoum”(6); del “ius fetiale”(7); de “ius pontificium”(8); etc. Por todo ello, no basta con señalar una relación del hombre con los dioses puesto que en todas las denominaciones mencionadas esa relación está presente en alguno de los aspectos, y si concordamos con que cada palabra involucra siempre un determinado concepto, indudablemente que aquí estamos en presencia de conceptos que son distintos y que corresponde sean aclarados en cada caso en particular.

Además de ello, en algunos autores, no solamente se establece, siempre en forma escueta, el esquema: “fas” = derecho divino; “ius” = derecho humano, sino que se avanza un paso más al dejar establecido que no sólo son conceptos distintos, sino además contrapuestos; es decir que, dentro de la distinción no existiría una “vinculación” —como la señalada en la propia expresión “ius fasque est”— sino una “oposición”. Así, podemos leer en Girard(9) que “los romanos lo han distinguido —al derecho— más rápidamente que muchos otros pueblos de la ley religiosa relativa a las relaciones de los hombres con sus dioses (*fas*)”, agregando en la nota al pie de la página que “no solamente el *fas* está opuesto al *ius*, sino también desde el punto de vista material las infracciones al *fas* no son, por lo general, reprimidas por la autoridad pública”.

Si damos cuenta de esto, es tan sólo para señalar el nivel con el cual el problema, o mejor los conceptos, son generalmente instalados en la conciencia de los alumnos, siendo, por compulsa muy fácil de realizar, tarea inútil repetir citas similares de otros manuales —principalmente si nos atenemos a los autores franceses del décimomonónico— porque nos encontraríamos con conceptos más o menos análogos, que no nos ayudan, en absoluto, a satisfacer la inquietud planteada.

Creo que, por ello, va a resultar fructífero regresar a las palabras originarias “fas” y “ius”, y con ayuda lingüística y el apoyo de los textos tratar de aclarar la cuestión o cuestiones planteadas.

I

EL SENTIDO DEL VOCABLO “FAS”

1. El problema etimológico

El problema etimológico acerca de la proveniencia de este vocablo resulta muy arduo y discutido. Hay en efecto dos raíces indoeuropeas que se disputan el origen:

(a) la primera raíz es *Bhā* = (“brillar”) y “hablar”. De ahí, en consecuencia, la vinculación “fas” - “fari” (verbo latino que significa precisamente “hablar”);

(b) la segunda raíz es *Dhā* = “colocar”, establecer”.

(6) Cicer., *de domo*, 1, 4; 12, 32; 49, 127; *de leg.*, 2, 17, 42.

(7) Cicer., *de offic.*, 11, 11, 36; 2, 29, 108; Liv., 9, 9, 3; 38, 46, 12.

(8) Cicer., *de domo*, 14,38; 54, 138; *de orat.*, 3, 36, 136; Gell., *praef.*, 13; 16, 6, 13-14; Serv., *ad Aen.*, 1, 179; 2, 351.

(9) Girard, P. F., *Man. élém. Droit romain*, 5e. ed., p. 1.

De este modo, en el primer caso, el *fas* tendría el sentido de “cosa dicha” o “enunciada”, mientras que en el segundo, *fas* representaría “aquello que es estable, fijo, y que por ende sirve de fundamento o sustento”. No vamos a entrar en los detalles de la discusión técnica, para lo cual nos remitimos al importante trabajo de Huguette Fugier⁽¹⁰⁾, pero nos resulta precisamente sugestivo su conclusión, luego de estudiar las particularidades de las dos raíces de que “en este estado de cosas, atenerse únicamente a los datos formales, hace que la elección sea imposible entre las dos soluciones: y decidirse por el sentido de las dos raíces es la única vía que queda abierta”. Además, nos parece atinado y congruente el planteo que realiza esta investigadora acerca de que originariamente lo que tuvo que tener vigencia en la lengua latina es la segunda de las raíces, sin perjuicio de que con el correr del tiempo se deslizara la integración con un posterior empleo de la primera.

Piénsese en tal sentido que, en principio, el vocablo “*fas*” no es un sustantivo que designa una norma o un conjunto de normas, “sino solamente la mitad de una locución verbal: *fas est*”⁽¹¹⁾ que expresa la “licitud” en relación con la norma. De este modo, esta expresión *fas est* significa la “conformidad a las estructuras fundamentales”, o como lo dice G. Dumézil⁽¹²⁾, “el sustento místico, invisible y sin el cual el “*ius*” no es posible, que sostiene todas las conductas y relaciones visibles definidas por el “*ius*”. H. Fugier, tratando de captar las aplicaciones más antiguas, nos ejemplifica estos supuestos: “*fas est*” (con significado de estar de acuerdo con el orden fundamental) que un Dios no vierta lágrimas, o en otro contexto que alguna vez se equivoque; “*fas est*” que los hombres no franqueen los límites asignados a su humanidad, que no coman carne humana; que una familia no haga correr su propia sangre, que una madre no destruya sus propios hijos; “*fas est*” que un árbol no pueda desplazarse como lo hace un cuerpo humano, y que un navío quede en su condición de objeto inanimado; “*fas est*” que una diosa estuviera obligada a renunciar a permanecer inmortal. Incluso, si se lo quiere aceptar como sustantivo —que es indeclinable—, con el vocablo “*fas*” se da un nombre abstracto a este “fundamento” es decir a esta “norma” o a este “estatuto existencial” en el cual cada ser encuentra su realidad.

Lo que pudo haber ocurrido —siempre según la misma autora— es que “una vez atenuado este interés tan fuerte de los romanos arcaicos por todo aquello que hacía al orden cósmico, *fas* (est) pudiera bien prestarse a una reutilización en beneficio de la lengua jurídica; como también una etimología popular pudiera rescatar nuestro vocablo en la otra raíz “hablar”, y por ello modificarle algunos detalles de su sentido”⁽¹³⁾.

Así lo podemos observar en el más gravitante de los pasajes que obran en apoyo de la raíz *bhā* (en el sentido de “hablar”), que es el correspondiente a la definición de “*dies fasti*” por Varro (*de lingua latina*, VI, 29/30): “*Dies fasti, per quos praetoribus omnia verba sine piaculo licet*” (Los días “*fastos*” son aquellos en los cuales los pretores pueden emplear todas las

(10) Fugier, Huguette, *Recherches sur l'expression du sacré dans la langue latine*, Public. Univ. de Strasbourg (Belles Lettres), 1963, p. 143.

(11) Cfr. Verg. Maro, gram., VIII (p. 170, éd. L. Hümer, Leipzig, 1886): “*Heri*” “*instar*” “*for*” *nonmuli putant esse inflectibilia, sed nos adverbia esse non “ambigimu”*

(12) Dumézil, Georges, *La religion romaine archaïque*, Payot, París, pp. 138-39.

(13) Fugier, H., *ob. cit.*, pp. 143-44.

palabras sin exponerse a un “*piaculum*” —es decir a una pena religiosa consistente en una ofrenda expiatoria—). Parecería aquí que la calificación de “*fastos*” respecto de los días tiene correspondencia con la posibilidad de “hablar” de los pretores. Pero cuando define a los “*dies nefasti*” dice el mismo autor latino que son aquellos “*per quos dies nefas fari praetorem* “*do*”, “*dico*”, “*addico*”, es decir “aquellos en los cuales le es prohibido “hablar” (decir) al pretor las palabras “*do*”, “*dico*”, “*addico*”⁽¹⁴⁾. Acá es llamativo que estén juntos los vocablos “*nefas*” y “*fari*”, siendo curioso que resultaría repetitivo traducirlos a ambos por el sentido de “hablar” (algo así como “es inefable decir...”); en cambio, la frase conserva plenamente su sentido si lo tomamos al “*nefas*” como “ilícito” o “ilegítimo” o en general “prohibido” (“*unrighteousness*”, en la versión de la “*Loeb Classical Library*”), siempre en relación con el sentido ya apuntado de “fundamento”.

Incluso un espíritu tan exquisito como el romanista francés Pierre Noailles⁽¹⁵⁾, que toma la acepción de *fas* proveniente de *fari*, establece no obstante un sentido equivalente al que aquí seguimos como “fundamento”, al decir que: “Hay un paralelismo curioso e instructivo entre la expresión de la voluntad divina, *fari*, hablar, y la expresión de la ley civil por el magistrado. El magistrado judicial en Roma es llamado esencialmente el “*judex*”, de *jus dicere*, aquel que dice el derecho. En algunas inscripciones, el pretor es llamado el *dicator*, aquel que dice, refiriéndose a “la importancia misteriosa y divina, la soberana eficacia de la palabra, de los *verba certa*, en el derecho y en la religión. La palabra de aquellos que tienen calidad para pronunciarla es el vehículo por excelencia de la voluntad de los dioses para lo concerniente a la religión, de la voluntad de la ley para lo concerniente al derecho. El *fas* es la palabra divina expresada por los representantes cualificados de los dioses, rey, sacerdotes, pontífices”.

Es por ello que no sólo no vemos absoluta oposición entre ambas raíces, integrándola en su sentido vinculativo con lo jurídico, sino que tal como lo anotamos anteriormente, siguiendo a H. Fugier, aparece como perfectamente viable la senda abierta entre ambas etimologías, puesto que si el “hablar” debe reconocer un “fundamento”, es siempre a este último —de indudable conexión con lo divino— al que se hace referencia con el *fas*. Este es precisamente el “fundamento” del “*ius*”, tal como lo expresa el mismo Noailles: “Así el *fas* es de alguna manera la prolongación del *jus*, allí donde falte la regla positiva humana. A la inversa, los Romanos no conciben el *jus* ideal del *fas*”. Y ello es cierto ya que curiosamente los textos se refieren siempre al “*fas*” del “*ius*” y no en cambio al “*ius*” del “*fas*”, lo cual resulta claro pues la diferencia está entre lo “fundamentante” (*fas*) y lo “fundamentado” (*ius*), de tal modo que el segundo puede basarse en el primero, pero no a la inversa, y así lo dice el citado autor francés: “El *fas* puede dictar sus leyes allí donde el *jus* está mudo. Pero el *jus* no puede ejercer su imperio en forma contraria a la regla del *fas*”⁽¹⁶⁾.

(14) Respecto del sentido de estas palabras, ver Pierre Noailles, *Du droit sacré au droit civil*, París, Sirey, 1949, chap. XII; y también, concordantemente, mi *Verbum Iuris*, Bs. As., Abeledo-Perrot, 1968, pp. 57 y ss.

(15) Noailles, P., *ob. cit.*, pp. 18 y ss.

(16) Noailles, P., *ob. cit.*, p. 20. También se puede establecer la relación con *fatum* (destino) que tiene el mismo origen etimológico. Así, Serv. (*Ad Aen.*, II, 54) lo toma por

2. Parentesco de "fas" con "Themis"

Por otro lado, resulta más que sugestivo que la misma raíz *dhā* esté emparentada con otros vocablos tan interesantes para nuestro tema como el griego θεμῖς y el védico *dharma*, que tienen un valor conceptual equivalente.

THEMIS la "venerada diosa" (Hesiodo, *Theog.*, 16) es la personificación de la justicia, ya existente desde los tiempos homéricos, permitiendo una expresión verbal: *themis esti*, que es equivalente a *fas est*. Así, en la *Iliada* (IX, 134; IX, 276; XIX, 177) resulta *themis esti* = conforme a Themis, "que el hombre mantenga relaciones con la mujer"; o en la *Odisea* (XI, 451) que el hijo dé el saludo a su padre. Como divinidad es la que dicta las reglas de la hospitalidad (*Iliada*, XI, 779; *Odis.*, IX, 268); la que preside la liberación de los príncipes (*Iliada*, XXIV, 652); la que dicta la fórmula de los juramentos (*Iliada*, XXIII, 581 y ss.).

El análisis de la literatura referida a esta representación griega de la justicia excedería el marco de nuestro trabajo⁽¹⁷⁾, y si bien en la mayoría de los estudios efectuados al respecto a comienzos de este siglo, se pone el acento en configurar a "Themis = conjunto de reglas propuestas al pensamiento y a la conducta que segrega una sociedad para asegurar su propio mantenimiento y que impone a sus miembros por el peso de la presión social" (Glotz), o "= la conciencia colectiva, la sanción social" (Harrison), o "= conjunto de normas para asegurar el funcionamiento de los engranajes de la sociedad" (Ehrenberg), lo cierto es que ese acento recortadamente social, reproduce solo en su exterioridad la "fundamentación" divina, que surge de la propia genealogía de la diosa.

En efecto, de estar al canto hesiódico, Themis es producto de la unión de Uranos —el "Cielo estrellado"— y de Gea —la Tierra—, siendo que el primero "debía ofrecer a los dioses bienaventurados un sustento seguro para siempre" (*Theog.*, 126 y ss.; 135); pero al mismo tiempo de la unión de Themis y de Zeus, nace Diké (*Theog.*, 901/2). De ahí, en consecuencia, que la aplicación de "themistes" = "voluntades de Zeus", tenga especial sentido en los poemas homéricos.

Themis tendría entonces valor de "fundamento": en tal forma, la aproximación con la raíz "*dhā*" resulta plena, e incluso resulta más comprensible si la correlacionamos con la otra divinidad en la que los griegos personificaron la justicia, es decir Diké —que como vimos es hija de Themis—.

Y la vinculación resulta interesante por cuanto la etimología de Diké es precisamente la proveniente de la raíz "*bhā*" (de donde deriva también el

el sentido de *fati*: "Fata" modo participium est, hoc est quae dii loquuntur"; (íd., II, 777), pero esto que "es dicho" por los dioses, revela precisamente su "fundamento" divino, con lo cual se denota la no contradicción entre ambas procedencias. Del mismo modo la relación *fas, fari, fatum* se ve en Virgilio, *Aen.*, I, 205: "tendimus in Latium sedes ubi fata quietam ostendunt: illic fas regna resurgere, Troiae", en el cual se hace referencia a que el destino (*fatum*) es señalado por los dioses y son ellos los que "permiten" —fundamentan— el resurgimiento del reino de Troya.

(17) Glotz, G., *La solidarité de la famille dans le droit criminelle de la Grèce ancienne*, París, 1904, pp. 21 y ss.; Hirtzel, R., *Themis, Diké und Verwandtes. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtsidee*, Leipzig, 1907; Harrison, J., *Themis. A study of the social origins of Greek religion*, Cambridge, 1912; Ehrenberg, V., *Die Rechtsidee im frühen Griechentum. Untersuchungen zur Geschichte der werdenden Polis*, Leipzig, 1921.

verbo “dicere” = decir y el verbo “dicare” = mostrar)⁽¹⁸⁾. Entendemos por ello que existe un “orden cósmico” que es el “fundamento”, y que desde el punto de vista de la legitimidad, validez y sentido de la justicia se expresa precisamente por “Themis”. En cambio, “Diké” está referida al caso concreto “judicial”, cuando aquél orden de “Themis” se ve conculcado⁽¹⁹⁾, tal como resulta claramente del siguiente párrafo de Hesíodo (*Trabs. y Días*, 256 y ss.): “Pensad también que existe una virgen Diké, la hija de Zeus, a la cual honran y veneran los dioses habitantes del Olimpo. ¿Hay alguno que lo ofende por medio de tortuosos insultos? Prontamente va ella a sentarse a los pies del Crónida, su padre, y le denuncia el corazón de los hombres injustos”. Y no podemos dejar de señalar la congruencia que existe desde el punto de la justicia entre la raíz *Dhā* (como “fundamento” = Themis) y la raíz *Bhā* (como “hablar” o “mostrar” = Diké), que permite arbitrar una senda común de interpretación, tal cual lo destacamos a propósitos del *fas* romano.

Ahora bien. Themis tiene, entonces, distintos niveles, puesto que vale por un lado: (a) como el “orden cósmico” asegurado desde la Justicia, y originado en las nupcias de “Cielo” y “Tierra”, con otorgamiento de “firmeza”, “seguridad”, “sustento”⁽²⁰⁾; pero también (b) como el “orden político”, es decir el que reina dentro de la “polis”, de tal modo que “Themis esti” tiene también el valor de aquello que está de acuerdo con la “suma de obligaciones sociales” vigentes en un momento dado; en efecto, la sociedad tiene su “armadura”; por ello los Cíclopes viviendo solamente para sí, sin ningún sentido de solidaridad, representan una situación que Homero califica de “*athemistoi*” (donde la partícula negativa “*a*”, señala la privación de “themis”); y finalmente (c), también hace referencia a lo que se entiende como “orden de las cosas concretas”, que no sería más que las aplicaciones de Themis dentro de las múltiples actividades humanas; así, las reglas de la reunión de la asamblea (ágora); de la deliberación, del juramento, de la hospitalidad, etc.

Creemos un acierto de H. Fugier el haber deslindado precisamente estos tres niveles, de tal modo que se pueden compartir, en general, las conclusiones de los estudios anteriormente citados aplicados a la mera “conciencia colectiva” como relaciones sociales particulares, pero señalando que quedarse con ese nivel como única explicación es incurrir en una omisión de los otros, pues si lo entendemos como el correspondiente al tercero de los ya señalados, hay que remontarse a los dos primeros para una comprensión total, o lo que es lo mismo, que para entender las *themistes* como “relaciones sociales particulares aceptadas colectivamente” (3er. nivel) hay que fundamentarlo en el “orden político” (2do. nivel) y éste a su vez, en el “orden cósmico” (1er. nivel).

Y como lo dice esta misma autora, como podemos, entonces, pensar que estamos ajenos al sentido romano del “*fas*”: “*Fas y Themis*: misma etimología, mismo valor fundamental, testimoniando una misma orientación del espíritu”⁽²¹⁾, lo cual está incluso señalado por el propio Festus (vº *Themis*): “*Themis deam putabant esse, quae praeciperet hominibus id petere, quod fas esset, eamque id esse existimabant, quod et fas est*” (Se pensaba que la diosa Themis había

(18) Cfr. Ernout, A. et Meillet, A., *Dictionn. étym. de la langue latine* (vº *dix, dicis... dico... dicare*).

(19) Jaeger, W., *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, México, pp. 106-7.

(20) Fugier, H., *ob. cit.*, pp. 145-47.

(21) Fugier, H., *ob. cit.*, p. 147.

sido anticipada por los hombres, como aquello que fuera el “fas”, pues los mismos estimaban que era precisamente el “fas”).

3. Parentesco de “fas” con “dharma”

El otro vocablo que mencionaremos es el védico “dharma”, derivado de “*dha*”, o más propiamente de su derivativo “*dhri*”, con igual sentido de “sostener”, “soportar”, “mantener”⁽²²⁾. En tal sentido, es la “Verdad Suprema”⁽²³⁾, que sostiene la realidad, pudiendo resultar apropiado vincularlo con el griego *thrónos* (trono) y el latín *firmus*, vocablos cuya relación con el “fundamento” o el “sustento” es por demás evidente. Tal como lo dice sintética, pero sustanciosamente A. Coomaraswamy⁽²⁴⁾, “los dioses y los hombres han hecho su “soporte” (dharma) (*Rig-Veda*, X, 92-2); y en el plural, los *dhármani* son las Leyes inviolables de la cual el *dharma* es el Custodio (*dharmánâm adhyaksha*; *Rig-Veda*, VIII, 43-44).

Desde este punto de vista, *dharma* “refleja la inmutabilidad principal en el orden de la manifestación; no es ‘dinámico’ más que en la medida en que la manifestación implica necesariamente un ‘devenir’, pero es lo que hace que este ‘devenir’ no sea puro cambio, es lo que mantiene siempre a través del cambio una cierta estabilidad relativa”⁽²⁵⁾. La tradición védica ha sabido crear finos simbolismos que resultan esclarecedores. Así, la raíz originaria de *dharma* es la misma que forma *Dhruva*, la “estrella polar”, símbolo de la constancia. Y refiriéndonos a esa idea de “polo” o también de “eje” del mundo, podemos comprender mejor la idea del *dharma*, puesto que ese “polo” o “eje” está referido al “centro de la rueda cósmica”, que es precisamente el único punto que permanece invariable en la marcha y que regula el curso de los cambios, sirviendo de “soporte”, pero sin participar en ellos⁽²⁶⁾.

Ese valor de “fundamento” se puede ver desde la “operación” primordial, es decir la realizada por Varuna, cuando por la separación del cielo y de la tierra, transformó el caos en cosmos, pero esa labor de “ordenador” en correspondencia con el *dharma*, se va a reflejar en forma continuada, día por día, y en todos los niveles de la vida universal: así, en el “plano de los fenómenos naturales”, el sol marcha por el cielo siguiendo el orden del *dharma* (*Rig Samhita*, I, CLX, 1)⁽²⁷⁾ y “las auroras siguen el *dharma* durable de Varuna” (*R.S.*, I, CXXIII, 8), en el “plano ritual” los Padres “han encontrado el camino de los *rita*”, es decir instituido el sacrificio, acompañando y soportando la actividad del mundo, siendo ese primer sacrificio el ejemplar, el fundado sobre el *dharma* (*R.S.*, III, XXXI, 5) sobre el cual se repiten los posteriores (*R.S.*, III, LV, 1);

(22) Cfr. Guénon, René, *Études sur l'Hindouisme*, Edits. Traditionnelles, París, 1968, chap. “*Dharma*” (pp. 69-72; p. 70); cfr. Fugier, H., *ob. cit.*, pp. 148-51.

(23) “Le therme hindou et bouddhiste le plus général pour désigner la religion dans le sens de Vérité Suprême, et aussi, par conséquent de vraie doctrine est *Dharma*” (Coomaraswamy, A., *Fondement religieux de la société indienne*, en “*Approches de l'Inde*”, Cahiers du Sud, p. 230).

(24) Coomaraswamy, A., *ibidem*.

(25) Guénon, R., *ob. cit.*, p. 70.

(26) Guénon, R., *ibidem*.

(27) Comp. con Heráclito (párr. 94): “El sol, pues, no traspasará sus medidas; si no las Erinnias, ministras de Dike, sabrán encontrarlo”.

y respecto del “plano moral”, todo el himno R.S., I, CV, muestra como este nivel se sobrepone a su vez a los dos niveles cósmico y ritual, mientras que “la perfidia no logra atentar, oh Mitra y Varuna, al mortal que respeta vuestros *dhāman*” (R.S., VIII, XXVII, 15), y el propio rey sólo se puede considerar “bien asentado” (*su dhātu*) cuando se ha efectuado el rito pertinente, obteniendo el beneficio del *dharma*, teniendo acá el sentido de “acto de fundar sobre justas bases”⁽²⁸⁾.

Tal cual se señala en los ejemplos citados en el párrafo anterior, existe una verdadera conexión operativa entre *dharma* y *rita*, lo cual puede ser fácilmente comprendido si entendemos, como ya lo hemos establecido, que *dharma* = norma que estructura y sostiene la realidad, es decir *lo estructurante*, mientras que los *rita* son *los actos operados en concordancia con la estructura*. De ahí también que, así como es “invariable” el sentido del *dharma*, del mismo modo lo propio de los *rita* es también su invariabilidad, designando a aquellos actos repetitivos y simbólicos realizados en conformidad con el orden.

Y más aún, la propia palabra “orden” (*ordo*) está vinculada morfológicamente con *ritus*⁽²⁹⁾, con lo que se llega a conformar, en el lenguaje sintético del simbolismo, otro aspecto bien interesante de la “norma fundamentante” del *dharma*. En efecto, *ordo*, no es sino la forma substantivada del verbo *ordino*, *is...*, *are* (ordenar) con un sentido primero de alinear, es decir poner en filas; por otra parte, está también emparentado con el otro verbo *ordior* (urdir), con sentido equivalente de ir colocando en su lugar los hilos de un tejido, siendo acá recordar el complejo simbolismo del “tejido” desde el punto de vista de la “trama cósmica”⁽³⁰⁾, así como también la figura del “político” de Platón encarado como el “real tejedor”, que “une todas las cosas en un tejido perfecto” (*Pol.*, 305 e), siendo su tarea “la real función del entrecruzamiento” (*Pol.*, 306 a) superando la contradicción de los elementos contrarios (*Pol.*, 308, c y ss.).

En suma, la existencia del *dharma* no es sino la Verdad Suprema, es decir la Verdadera Doctrina⁽³¹⁾, configurada como una “trama cósmica” que “sostiene”, “sustenta” a la realidad. Este orden es “urdido” repetidamente, siguiendo los gestos ejemplares realizados en un comienzo, por la realización continuada de los *rita*. Los ritos “reactualizan” el *dharma*, que a su vez le sirve de soporte, ya que la divinidad es el soporte (*dhātri*) de todo sacrificio (*Rig-Veda*, I, II, 14).

4. El “*fas*” entendido como “fundamento cósmico” y la “mentalidad romana”

Estas aproximaciones que estamos haciendo de conceptos importantes originados en la raíz *dhā*, nos permite hacer una composición de lugar acerca de que existe una verdadera relación entre el *fas* romano, la *themis griega* y el *dharma* de los vedas. Ciertamente es que en cada uno de los pueblos respectivos, la noción de “lo fundamentante” se dará con características que resultan apro-

(28) Citas todas recogidas por Fugier, H., *ob. cit.*, p. 150.

(29) Fugier, H., *ob. cit.*, p. 151.

(30) Ver al respecto, el cap. XIV, *Le symbolisme du tissage*, de la obra de R. Guénon, *Le Symbolisme de la Croix*, Ed. Vega, París, 1957.

piadas a la idiosincracia de cada uno de ellos: así, el espiritualismo pleno de imágenes y símbolos del *dharma*, es algo distinto de la forma más legalista e institucionalista de la *themis* griega, y ambos de la más discreta y adusta del *fas* romano. Pero creemos que en todas ellas se da en lo esencial el mismo aire de familia que existe entre hermanos o entre primos, en lo relativo al sentido “cósmico fundamentante”.

Se podría, en tal sentido hacer una objeción a lo que venimos diciendo, que consistiría en que el pueblo romano no habría tenido, dentro de la dureza, tosquedad y severidad de sus costumbres, un sentido cósmico desarrollado. Así, Jean Bayet⁽³¹⁾ denuncia “un grave debilitamiento del sentido cósmico”, si bien agrega que “sin duda, se perpetúa en ellos —los romanos— una sensibilidad inmediata a los aspectos de la naturaleza intacta, lagos, bosques, cavernas...: Lucrecio, Virgilio, Séneca lo testimonian. Pero esta sensibilidad queda semi-inconsciente, indefinida”, y el propio Georges Dumézil, no obstante que llega a diferenciar a los habitantes de Roma de los de la India, diciendo que los primeros pensaron “nacionalmente” —interesándose solamente en los relatos que tengan atingencia a su historia como pueblo—, los segundos lo hicieron “cósmicamente” —con particular sensibilidad hacia las vicisitudes y los ritmos del Gran Todo, del Universo mismo—⁽³²⁾, no pretende negar la “ausencia” de ese sentido cósmico, tal como se puede denotar en muchos de sus trabajos, y bien propiamente en lo relativo al problema del “fas”, que ya dejamos anotado anteriormente.

Sin necesidad de entrar aquí en la discusión de un tema que resultaría particularmente delicado, nos parece correcto establecer que una cosa es el “*interés por los problemas cósmicos*”, y otra muy distinta es el “*espíritu de abstracción*” para poder concebir esos problemas y desarrollarlos intelectualmente. Considerada así la cuestión, podemos convenir en que los romanos, substancialmente los primitivos de la arcaica Roma carecieron de ese sentido de abstracción, al cual sólo pudieron llegar y mucho más tardíamente, por la influencia del espíritu griego. Por ello es que su religión careció de todo ese amplio vuelo que tuvo la mitología griega, y más aún de las finas y penetrantes imágenes que existen en los libros sagrados de la India. Pero pese a ello, tosco y sin desarrollar, pero no por ello menos vigente, creemos que tampoco se puede negar la vigencia en la conciencia romana de la operatividad de lo “cósmico”, uno de cuyos ejemplos es precisamente el que estamos analizando del “fas”⁽³³⁾.

5. La “sustentación cósmica” en el “acto fundacional”.

En tal sentido, no podemos dejar de mencionar que desde la misma fundación de Roma, ese sentido estuvo vigente. “Fundar” es en latín “condere”, siendo que deriva igualmente de la raíz “dha”⁽³⁴⁾ y resulta evidente que el significado de “establecer” es inmanente a este vocablo.

(31) Bayet, J., *Histoire polit. et psychol. de la relig. romaine*, Payot, París, 1969, p. 56.

(32) Dumézil, G., *ob. cit.*, p. 123.

(33) Fugier, H., *ob. cit.*, p. 152, nota 124.

(34) Ernout, A. et Meillet, A., *ob. cit.*, vº do; cfr. Fugier, H., *ob. cit.*, p. 170, nota 46.

El acto primigenio de Rómulo —el “fundador”— está muy lejos de resultar una mera operación material, sino que el “establecimiento” de la Urbs fue un acontecimiento de “naturaleza esencialmente religiosa y espiritual”⁽³⁵⁾. La consulta de los “auspicia” —que decide la elección del fundador—, y luego las ceremonias realizadas, narradas muy brevemente por Plutarco (*Rom.*, 11, 1 y ss.) quien dice que Rómulo “había hecho venir de Thyrrenia hombres para guiarlo, y enseñarle en detalle los ritos y las fórmulas a observar, como en una ceremonia religiosa”, denotan claramente ese carácter.

Pero es necesario dejar también aclarado que la “fundación de la ciudad” resulta “arraigada” en la propia tierra, tal como queda señalado por la acción de Rómulo empuñando el arado y marcando el surco sobre el cual se levantarán los muros (*moenia*) de la Urbs. Incluso en el centro se practica el foso denominado “mundus”, en el cual “cada uno echó un puñado de tierra traída del país de donde había venido mezclándose todo en forma conjunta” (Plut., *Rom.*, 11, 2), representando todo ello una verdadera “semilla espiritual”⁽³⁶⁾.

Además, el rito etrusco permitía siempre configurar a la ciudad “regular” orientada de acuerdo con las direcciones cósmicas. Así, la inscripción de la Urbs en un cuadrado (otras veces un rectángulo) —recordar lo de la “Roma quadrata”—, resultaba del trazado de dos ejes. De estos, uno estaba orientado en la dirección Norte-Sud, y recibía el nombre de “cardo”, palabra que significa “pivote”, o mejor aún, “gozne”, como el de una puerta, por lo que en relación con la ciudad, tiene el simbolismo del eje alrededor del cual parece pivotar la “bóveda celeste”. La otra línea es el “decumanus” —vinculado al número diez, quizá por la formación de una “X” con la línea del cardo—⁽³⁷⁾, con dirección este-oeste.

Hay por lo tanto un “plano ritual de orden horizontal”, con este trazado de la superficie del “cuadrado”, en el cual sus medianas (*cardo* y *decumanus*), determinará la existencia de cuatro puertas, cada una de ellas orientada a cada uno de los puntos cardinales. Pero al mismo tiempo, existe otro “plano ritual de orden vertical”, representado en el simbolismo de lo “alto” y lo “bajo”, en la proyección del eje que va desde lo más profundo del “mundus” y que permitía la “apertura” a los dioses inferiores, y se prolonga hacia arriba, con el último de los ritos, que era el establecimiento de los dioses celestiales en el punto más alto —Capitolio, es decir, la “cabeza”— dedicado a la tríada de Júpiter, Juno y Minerva. Este eje pues ponía en comunicación las divinidades “telúricas” con las “ouranianas”, la negrura de la tierra con lo celeste de los dioses superiores⁽³⁸⁾.

(35) Grimal, P., *Les villes romaines*, Presses Univers., Paris, 1961: “La ville romaine ne représentait pas seulement un certain nombre de commodités matérielles, elle était surtout le symbole omniprésent d'un système religieux, social et politique qui constituait l'armature même de la romanité” (p. 6).

(36) Ver mi *Iustissima tellus*, en revista “Iustitia”, N° 3, Bs. As.

(37) Cfr. Grom., p. 367: “*limes qui pro eo quod formam X faciat decumanus est appellatus*”, cit. por Ernout, A., et Meillet, A., v° *decem*.

(38) Cfr. Grimal, P., *ob. cit.*, p. 19. Respecto del *podium* superior: “En bonne règle, ce sanctuaire devait être placé sur un point haut, afin que ses hôtes divins puissent embrasser du regard la plus grande surface possible de la cité. C'est une vieille croyance, et fortement enracinée, que la protection d'un dieu ne s'exerce efficacement que sur le terrain qu'il peut voir. Aussi, lorsqu'il était impossible de poser le Capitole au sommet d'une colline, on le dressait sur un haut *podium*, une terrasse artificielle qui en tenait lieu”.

En todo ello, el sentido de lo “cósmico” aparece especialmente remarcado, y aún cuando sus ritos fueron copiados de los etruscos, de ningún modo se invalida la firme voluntad de los romanos de “establecer” o “sustentar” la Urbs con el “orden del mundo”. De allí que se pueda decir siempre de acuerdo con lo dicho anteriormente, que los ritos que acompañaban a la fundación de las ciudades eran “conforme al *fas*”, es decir a “normas fundamentales de estabilización”. De ahí que Cicerón pueda decir que “neque enim est ulla res, in qua propius ad deorum numen virtus accedat humana quam ciuitates aut condere nouas, aut conseruare iam conditas” (Y ciertamente nada aproxima más la virtud humana al “numen de los dioses” que la fundación de ciudades nuevas o la conservación de las ya fundadas) (*de republ.*, I, 7).

6. El “*fas*” en el rito de la “*inauguratio*”

Sentido semejante, en otro orden, podemos señalar en la ceremonia de la “*inauguratio*” (donde cabe resaltar *in-auratio*, como labor del “augur”), referido a la ceremonia por la cual el “*rex*” antes de entrar en ejercicio del poder quedaba “asentado”, “sustentado”, “afirmado” en el *fas*.

Tomando el texto de Tito Livio (I, 18, 5 ss.), se nos narra como habiendo los senadores acordado por unanimidad otorgar el poder a Numa Pompilio, éste —al igual que Rómulo antes de la fundación de la *urbs*— decidió tomar los “*auspicia*”, es decir que se averiguara la voluntad de los dioses, para averiguar si la misma era favorable para acceder al “*regnum*”. Sucede entonces que un “augur” —“quien luego a título de honor conservó este sacerdocio como una carga pública y perpetua” (T. L., *id.*, 6)— lo condujo a la “*arx*” (ciudadela, punto más alto de la ciudad = acrópolis = Capitolium) de la ciudad, y lo hizo sentar sobre una piedra, mirando hacia el mediodía⁽³⁹⁾. El “augur”, estaba a su izquierda, la cabeza cubierta con un velo, y tomó asiento, teniendo en su mano derecha un bastón sin nudos, curvado en la parte superior, que llevaba como nombre *lituus*⁽⁴⁰⁾. Echando una vista conjunta a la Urbs y el campo (*ager*), rogó a los dioses y trazó con el *lituus* la determinación de las regiones del cielo, trazando una línea de Este a Oeste y declarando que a su derecha estaba el Sud y a su izquierda el Norte; luego determinó en su pensamiento un punto, mirando hacia adelante cuanto más lejos pudiera ver. Efectuado todo ello —es decir demarcado el “ámbito cósmico del rito”—, hizo pasar su *lituus* a su mano izquierda, y colocando su derecha sobre la cabeza de Numa, rogó del siguiente modo: “Iuppiter pater, si est *fas* hunc Numan Pompilium, cuius ego caput teneo, regem Romae esse, uti tu signa nobis certa adclarassis inter eos fines, quos feci” (Padre Júpiter, si resulta conforme al “*fas*” que este Numa Pompilio, al cual toco la cabeza, sea “*rex*” de Roma, preséntanos algunos signos ciertos en los límites que he trazado). Y entonces anunció los “*auspicia*” que deseaba sean enviados, y habiendo ocurrido

(39) Respecto del problema de la orientación en los ritos de construcción romana, ver Dumézil, G., *Rituels indo-européens à Rome*, París, Klincksieck, 1954, art. “*Aedes rotunda Vestae*” (pp. 27-29), p. 32 respecto del problema de la *inauguratio* de Numa.

(40) Como dice Alvaro D’Ors en “*Inauguratio*”, Santander, 1973, p. 21: “que recuerda el báculo de los actuales obispos”. Este trabajo es particularmente importante para denotar la importancia del augur como sustento del rito.

así, Numa fue declarado “rex” y descendió del “templum”, es decir del ámbito augural.

Vemos, pues aquí, claramente detallado como el poder político del “rex” resulta avalado por el “fas”, es decir que su elección —la de Numa Pompilio— resultaba en este caso conforme a la “la norma fundamental del orden del mundo”.

7. El “fas” en el actuar de los sacerdotes “fetiales”

Otro ejemplo ilustrativo del significado del “fas”, lo podemos encontrar en el actuar de los sacerdotes “fetiales”. Se trataba de un colegio establecido por el tercero de los reyes, Tulio Hostilio (Cicer, *de re publ.*, II, 27), formado por veinte sacerdotes, cuyo jefe era el “pater patratus”. Vestidos de blanco, coronados con la verbena sagrada (*sagmina*) cultivada ritualmente en el *pomerium*, se ocupaban de todo lo relacionado con la declaración de guerra, celebración de tratados, etc.

Vamos a tomar el ritual del “foedus” —pacto, tratado— del relato efectuado por Tito Livio (I, 25, 4, ss.):

“4. Los tratados (*foedera*) llevan condiciones diferentes, pero se hacen siempre del mismo modo. He aquí, en lo que nos interesa, como se hizo entonces, y no existe recuerdo de ningún tratado(*foedus*) más antiguo. El *fetialis* presentó esta cuestión al *rex* Tullus: “¿Me ordenas tú, *rex*, que concluya un *foedus* con el *pater patratus* del pueblo albano?”. El *rex* lo autorizó y entonces repuso el *fetialis*: “*Rex* yo te pido la hierba sagrada (*sagmina*). 5. El *rex* dijo: “Tómala pura”. El *fetialis* trajo de la *arx* una rama pura de verbena; luego le presentó esta pregunta al *rex*: “*Rex*, ¿me haces tú el nuncio regio del *populus Romanus* de los Quirites, así como a mis útiles y mis compañeros?”. El *rex* respondió: “Mientras que esto sea sin daño para mí y el *populus Romanus* de los Quirites, lo hago”. 6. El *fetialis* era Marcus Valerius. E hizo *pater patratus* a Spurius Fusius tocándole los cabellos con la verbena. El *pater patratus* está encargado de realizar el juramento (*ius iurandum patrandum*), es decir de tornar “sancto” el *foedus*, y es con términos numerosos, expresados en una larga fórmula, que no merece ser traída acá, que obtiene ese resultado. 7. El *fetialis* lee luego las condiciones y dice: “Escucha, Júpiter; escucha *pater patratus* del *populus* albano; escucha tú, *populus* albano: desde el momento en que estas cláusulas hayan sido leídas en alta voz, de la primera a la última, conforme a estas tablas y esta cera, sin mala fe (*dolo malo*), desde el momento en que estas cláusulas aquí, hoy día, hayan sido perfectamente comprendidas, en estas condiciones no será el *populus Romanus* el primero en faltar a su palabra. 8. Si ocurriera así, por una decisión pública, con mala fe (*dolo malo*), entonces, ese día, Júpiter, sanciona (hiere) al *populus Romanus*, como yo, en este día, voy a herir a este puerco, y sanciónalo (hiérello) tanto más cuanto tú eres más fuerte y más poderoso”. 9. Habiendo dicho esto, apuñala al puerco con un cuchillo de sílice. Del mismo modo los albanos pronunciaron su fórmula y su juramento, por boca de su *dictador* y *sus sacerdotes*”.

Tal como lo estableció correctamente G. Dumézil, la expresión *fetialis* (que no es un sustantivo, como *pontifex* o *flamen*, por lo que lo correcto es hablar de *sacerdos fetialis*), deriva de la raíz indoeuropea *dhē*, con valor equivalente a *dhā*, por lo que nuevamente estamos girando en torno a la noción

de "ley", "institución", con caracteres de "fundamento", y de ahí la repetida mención de *dharma*, *themis*, y *fas*. Ahora bien, el papel que juegan los sacerdotes *fetiales* consiste en "el acto de *dar una base* y no la *base misma*"; en efecto, tal cual se trasluce del texto citado, ellos no se ocupan de las cláusulas, del contenido del *foedus* —por eso se dice que "los *foedera* llevan condiciones diferentes"— sino de los ritos, es decir de los gestos y de las palabras que "fundan" religiosamente el *foedus* —las cuales no cambian— y por ello agrega Tito Livio, *eodem modo omnia fiunt* (se hacen siempre del mismo modo). Tal cual lo dice el mismo Dumézil: "...en el *foedus*, lo que le atañe es la *sanctio*. El no es un sacerdote-diplomático para la conclusión de la paz, así como tampoco es un sacerdote-guerrero cuando abre las hostilidades"⁽⁴¹⁾. Por ello es que, en el texto de Tito Livio se lee "*pater patratus ad ius iurandum patrandum, id est sanciendum fit foedus*", es decir él no hace "políticamente" el *foedus*, sino que "religiosamente" realiza el juramento (*ius iurandum*) para devenir *sancto*. Por su conexión con el mundo divino "gracias a su técnica propia, da a las operaciones humanas —el *foedus* y el *bellum*— un lugar irrevocable en el orden y los archivos del mundo. Sin él, no habría sino capricho, inestabilidad, peligro. Por él queda establecida una *base* solemne y segura para el futuro próximo y lejano"⁽⁴²⁾.

8. El "fas" en los ritos del "iustum bellum"

Por el otro lado, estaban los ritos vinculados al *pium bellum* (guerra pía) o *iustum bellum* (guerra justa). Los mismos fueron establecidos por el cuarto de los reyes, Anco Marcio (Tit. Liv., I, XXXII, 5 y ss.), y según dice allí, tomados de las prácticas del pueblo de los "equos".

Tal cual lo narra el historiador romano, lo que sucede primero es el reclamo formal por la pretensión "de los hombres y de las cosas" —la *rerum repetitio*— que estaba a cargo de los sacerdotes *fetiales*.

El texto es el siguiente:

"6. El legado enviado, llegado a los límites del pueblo respecto del cual se opera la *rerum repetitio*, con la cabeza cubierta— el velo es de lana—, dice: «*Audi, Iuppiter*»; «*audite, fines —cuiusque gentis sunt, nominat—; audiat fas: ego sum publicus nuntius populi Romani; iuste pieque legatus venio, verbisque meis fides sit*» (Escucha, Júpiter; escuchen, límites —y aquí nombra al pueblo de que se trate—; escucha «fas»: soy el mensajero oficial del *populus Romanus*: justa y pía es la misión que me conduce; que mis palabras sean consideradas conforme a la *fides* —buena fe—). 7. Expone luego su pretensión. Después toma a Júpiter como testigo: «Si hay de mi parte injusticia o impiedad en reclamar estos hombres o estas cosas, no permitas que regrese nunca a mi patria». 8. Estas palabras, cuando atraviesa la frontera, cuando reencuentra al primer hombre que se presente, cuando pase la puerta de la ciudad enemiga,

(41) Dumézil, G., "Ius fetiale", en "Idées Romaines", Gallimard, París, 1969, sobre la base de su trabajo anterior en *Revue des Et. Latines*, pp. 63, 68-69.

(42) Dumézil, G., *ob. cit.*, p. 68, recuerda que de ahí se pueda aproximar la forma védica *sudhatu* (bien fundado), que ya mencionamos a propósito de la idea de *dharma*, de tal modo que "el sacerdote mismo no sería menos correctamente calificado de *su-dhiti* = "buen *fetialis*".

cuando haya llegado hasta su «forum», las repite, cambiando solamente algunos vocablos a su fórmula y a la redacción del juramento”.

Allí termina la primera parte del ritual, la *rerum repetitio*, tras la cual había que esperar el plazo “solemne” de treinta días, y luego viene la declaración del “*pium bellum*” que se realizaba con estas ceremonias:

“10. «Escucha, Júpiter, y tú, Janus Quirinus, vosotros todos, dioses del cielo, vosotros, dioses de la tierra, vosotros, dioses de los infiernos, escuchad: os tomo como testigos que este pueblo —aquel que fuere, lo nombra—, es injusto, y no satisface el ‘ius’. Pero sobre este hecho, en mi patria, consultaremos a los ancianos (*maiores*) para saber cómo obtener lo que nos corresponde (*ius nostrum*)».

Luego el mensajero regresa a Roma para esta consulta. De inmediato el *rex* consultaba a los senadores, más o menos en estos términos: 11. «Respecto de las cosas, los litigios, los intereses que el *pater patratus* del *populus Romanus* de los Quirites ha reclamado por intimación al *pater patratus* de los ‘Viejos Latinos’ (*Prisci Latini*) y a los ‘Viejos Latinos’, cosas que ellos ni han dado, ni satisfecho, ni hecho, siendo que eran cosas que había que dar, satisfacer y hacer, dime —preguntaba el *rex* al primero que inquiría— ¿qué piensas tú?». 12. Y él respondía: ‘Por una guerra pura y pía, yo pienso que hay que reclamarlas; por ello la apruebo y voto por ella». Luego, a su vez, otros eran interrogados; y cuando la mayoría de los presentes se adhería a ello, la guerra resultaba de este consenso. El uso era que el *fetialis* llevara una lanza guarnecida en hierro o ensangrentada después de haber sido endurecida al fuego, hasta las fronteras del enemigo, y que en presencia de no menos tres jóvenes, dijera: 13. «Puesto que los pueblos de los ‘Viejos Latinos’ y los ‘Viejos Latinos’, en contra del *populus Romanus* de los Quirites, han obrado y perjudicado, puesto que el *populus Romanus* de los Quirites ha ordenado la guerra contra los ‘Viejos Latinos’ y que el senado del *populus Romanus* de los Quirites ha decidido, aprobado, votado la guerra contra los ‘Viejos Latinos’, por estas razones, yo —y el *populus Romanus* conmigo— declaro y hago la guerra contra los pueblos de los ‘Viejos Latinos’ y a los ‘Viejos Latinos’. Habiendo dicho esto, lanzaba su lanza sobre el territorio enemigo». 14. Es de esta manera que entonces la *repetitio rerum* fue demandada y la guerra fue declarada; y esta costumbre la han recogido las generaciones siguientes”.

Acá, el sentido es explicado por G. Dumézil, estableciendo la necesidad de una “fundamentación” —recordar el “*audiat fas*” que menciona el *fetialis*— cuando el *populus Romanus* debe realizar actos fuera de la *ciuitas*, ya que dentro de sus muros —en el *pomerium*— la “fundamentación” quedó asegurada con los ritos iniciales, y en el pacto establecido con los dioses. “En cambio, cuando Roma se aventura fuera de su dominio, ya sea en relaciones pacíficas, ya sea detrás de dioses como Marte, cuyos santuarios están ubicados fuera de los muros, ella se compromete en lo incierto, jugándose en la empresa, e incluso hasta su porvenir, con hombres, sobre tierras que no resultan cubiertas directamente por la promesa inicial. Es necesario, en cada ocasión, que se dé misticamente una base nueva a su expedición, a su avance: los “*fetiales*” aseguran este servicio”⁽⁴³⁾. Por ello, hay que insistir también acá en que el rito del “*pium bellum*”, así como el anterior de la “*rerum repetitio*” no involucran “una toma de posesión —en sentido material—, sino la «apertura», o para guar-

(43) Dumézil, G., *íd.*, pp. 69-70.

dar la imagen de *feti-* (de la raíz *dhā* = fundar, establecer)—, la «fundación» mística del campo donde el ejército romano avanzará después, protegido por los dioses. De la frontera al primer hombre que se encuentre, de éste a la puerta, de la puerta al «forum», en los tres puntos, uno móvil, los otros fijos, que jalonan enteramente este mundo extranjero, el feacial «ubica» el derecho de Roma y, por ello mismo, los cualifica, a ellos y al país que ellos sintetizan, como «base» para la acción guerrera que seguirá. Al menos, es la explicación literal que sugiere esta marcha en tres etapas, esta especie de encantamiento progresivo de todo el terreno»⁽⁴⁴⁾.

9. Otras aplicaciones del vocablo “fas”

Estos ejemplos que hemos venido dando, tal como se pudo apreciar, vienen a corresponder a “instituciones” realizadas por los cuatro primeros reyes de Roma, aquellos que conformaron los “primordia ciuitatis”. Rómulo, como “fundador” de la Urbs, resultó el arquetipo del instituyente de “fundamentos”, es decir de “sustentos” para la recién surgida “Urbs”. Numa Pompilio, complementando el sentido guerrero que caracterizó a su antecesor, procedió a establecer los “fundamentos” religiosos, apareciendo así como el creador y sustentador de los “sacra”; con el tercero de los reyes, Tulio Hostilio, regresamos al carácter guerrero de Rómulo, para finalmente establecer un nuevo equilibrio con Anco Marcio, de conducta más pacífica. Pero dejando de lado las características personales que hicieron a cada uno de los reinados, en todos ellos hemos denotado la existencia de los “ritos religiosos” que servían de “fundamento”, y obviamente la referencia al “fas”⁽⁴⁵⁾.

Aclarado de esta manera, el resto de las aplicaciones de expresiones idiomáticas romanas, con referencia al “fas”, resulta sencillo, pues todas ellas están vinculadas al sentido que señalamos desde el comienzo, es decir “fas” = “conformidad a normas fundamentales, sustentadoras del orden de las cosas”.

(a) Así, en un “sentido temporal”, de *fas* se derivan los *dies fasti* y los *dies nefasti*. El significado “formal” de estos días está dado en el ya anteriormente citado pasaje de Varro: los primeros, como aquellos en los cuales puede existir la actividad judicial y los segundos, como los prohibidos para desarrollarla. Pero sustancialmente esto se explica si lo vinculamos del siguiente modo: *dies fastus* = “día en el cual resulta lícito conforme a las prescripciones religiosas —es decir, permitido religiosamente— pronunciar las fórmulas procesales”, mientras que *dies nefasti* = “días en los cuales está prohibido religiosamente pronunciar dichas fórmulas, y en consecuencia actuar procesalmente”. La razón de la distinción está dada por cuanto los días inhábiles para la actividad jurisdiccional son aquellos dedicados a los “sacra”: de ahí que Tácito habla de *sacri dies* (*Ann.*, XIII, 41, 5) y Cicerón se refiere a ellos como *otiosi* o *quieti dies* (*ad Quint. fr.*, III, 8, 3; *de leg.*, II, 22). Es decir, como lo establece H. Fugier, si estas últimas jornadas están dedicadas a las ceremonias reservadas a los dioses, “*sacer* funciona relativamente a *nefastus* como la causa

(44) Dumézil, G., *id.*, p. 75.

(45) Cfr. Fugier, H., *ob. cit.*, pp. 128-9.

en relación al efecto". En cambio, el día *fastus* es un día *negotiosus* (Tac., *Ann.*, XIII, 41, 5), en el cual el sentido prístino de *nec-otium* es bien significativo⁽⁴⁶⁾.

En la distinción que subrayamos entre el "sentido formal" y el "sentido material" de la significación de los días del calendario romano, creemos que se encuentra la justificación de la superación entre las dos raíces "*bhā*" (con significado de "hablar") y "*dhā*" (con significado de "fundamento"), pues es esto último —la relación con el *fas*— lo que sustenta la "causa" de clasificación distintiva; Varro, en cambio, asentándose en el aspecto "formal" —la posibilidad o no de *fari* (hablar, decir) las "fórmulas"— interpreta en una forma más en relación con el "efecto" —y posiblemente en uso corriente en el lenguaje cotidiano de su época— esa distinción de los días.

(b) En un "sentido espacial", las expresiones "fas est" o "nefas est" adquieren el equivalente significado de "lugar en el cual está (o no está) permitido, de conformidad con las prescripciones del *fas* hacer...". Esto se puede ver claramente en el siguiente pasaje de Aulo Gellio (*Noct. att.*, 15, 27, 4): "Centuriata autem comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari ius non sit" (Los comicios centuriados no se pueden celebrar dentro del *pomerium*, por cuanto ello resulta contrario al *fas*, ya que el ejército sólo puede ejercer su *imperium* fuera de la ciudad, y no sería, por ello, conforme al "ius" ejercerlo dentro de la misma).

El *pomerium* es la denominación que tuvo el interior de la Urbs, ya desde la misma fundación por Rómulo, derivando precisamente de designar aquello que está *post-murum* (cfr., Varro, *de ling. lat.*, V, 143). Si recordamos la "fundamentación" o "sustentación" sacro-cósmico-religiosa que tenía la "ciuitas", resulta comprensible que en lo "sustancial" fuera prohibido al ejército la reunión dentro de ella; precisamente el campo de Marte —donde se celebraban los *comitia centuriata*— estaba fuera de la ciudad. De ahí que advenga "nefas esse" el contrariar esta disposición. Por otro lado resulta interesante ver la correlación que en el texto de Aulo Gellio se realiza entre el "ius" —la expresión "ius non sit"— y el "fas" —el "nefas esse"—, asentado el primero en la "fundamentación" del segundo, tal cual lo veremos luego de estudiar el sentido de "ius".

(c) Finalmente, en un "sentido operacional", es decir relacionado con las conductas, podemos encontrar ejemplos como los siguientes:

(i) Entre las numerosas prescripciones mencionadas por Aulo Gellio que debían seguir el "flamen Dialis" —el sacerdote de Júpiter— y su mujer, figuran entre otras: "...*iurare Diale m fas nunquam est; item anulo uti nisi pervio cassoque fas non est...*" (Nunca resulta "ser conforme al *fas*" que el "flamen Dialis" jure; del mismo modo, también "es contrario al *fas*" el usar anillo a menos que sea abierto y hueco); y luego, "*pedes lecti, in quo cubat, luto tenui circumlitos esse oportet et de eo lecto trinocitium continuum non decubat neque in eo lecto cubare alium fas est*" (Los pies del lecho en el cual duerme deben estar cubiertos con una ligera capa de barro y no puede dejar de dormir en dicho lecho tres noches continuas, ni tampoco resulta conforme al *fas* que ningún otro pueda ocupar ese lecho); "...*farinam fermento inbutam adtingere ei fas non est...*" (no resulta "conforme al *fas*" que toque la harina fermentada);

(46) Fugier, H., *ob. cit.*, p. 129.

(ii) Respecto del *homo sacer* —es decir aquél que ha atentado contra los “sacra”—, está dicho en Festus (444) que “*neque fas est eum immolari, sed qui occidit parricici non damnatur*” (no resulta “conforme al *fas*” que se lo inmole (sacrifique), pero aquel que lo mate no es condenado por “parricidium”), es decir que lo primero no tendría “fundamento”, pero sí sería lícito lo segundo;

(iii) Y en la fórmula dirigida a la divinidad protectora de Cartago, para producir la “*evocatio*”⁽⁴⁷⁾, se dice: “*Dis pater, Veiovis, Manes, siue quo alio nomine fas est nominare...*” (Dios padre, Veiovis, Manes, o aquel otro nombre que “resulte conforme al *fas*” nombrarte...) (Macrob., *Saturn*, III, 9, 3), señalándose como el romano toma las precauciones necesarias para “nombrar” correctamente a la divinidad, y por ello obtener lo que se le pide⁽⁴⁸⁾.

En suma, creemos que resulta de lo expuesto el sentido que tuvo el vocablo “*fas*” desde la época primitiva. Por su connotación con la raíz indoeuropea “*dhā*”, sirve para designar lo “fundamentante”, aquello que sirve para “sustentar”, “afirmar”, de manera invisible y mística el “orden de las cosas”⁽⁴⁹⁾.

II

EL SENTIDO DEL VOCABLO “IUS”

1. El problema etimológico

El problema de la etimología de la palabra “*ius*” ha venido dividiendo a la doctrina especializada en las siguientes corrientes interpretativas:

(a) Durante bastante tiempo se pensó que el vocablo “*ius*” derivaba de la raíz “*ieu-iug*”, de ahí “*iungo*”, ζεύγνυμι, que da la idea de “ligamen” o “vínculo”,

⁽⁴⁷⁾ La *evocatio* era una ceremonia impetratoria a los dioses de la ciudad enemiga, ofreciéndoles la realización de un pacto por el cual ellos abandonaban a la misma, comprometiéndose los romanos a actos de reverencia y protección. Ver al respecto Basanov, V., *Evocatio - Étude d'un rituel militaire romain*, París, Presses Univ., 1947. Dentro del contexto de lo que venimos diciendo, resulta claro que este ritual de la *evocatio* está relacionado con el acto de “quitar el fundamento religioso” a la ciudad enemiga, el cual es precisamente el contrario a las ceremonias de “fundación” = “poner los fundamentos (religiosos) a la ciudad”.

⁽⁴⁸⁾ Respecto de la precaución del romano para la pronunciación de las fórmulas, ver mi *Verbum Iuris*, cit.

⁽⁴⁹⁾ Como una comprobación del sentido de “*fas*” = “fundamento” en correspondencia con el orden del mundo, resulta sumamente esclarecedor el estudio que realiza Fugier, H., (*ob. cit.*, pp. 134-42) sobre el empleo de los vocablos “*fas*”, “*nefandus*”, “*infandus*” dentro de autores tan representativos como Virgilio, Tito Livio y Séneca.

Así, el vocablo “*nefandum*” sirve para designar a lo “monstruoso”, es decir, a “aquello que está en contra del orden de la naturaleza”. De este modo, en Séneca, el amor de Pasiphae por el toro al que se unía es llamado *infandum malum* (*Fedra*, 115-16), y luego “*maius est monstro nefas: nam monstra fato, moribus scelera imputes*” = “un amor incestuoso es más grave que un amor monstruoso. Pues los actos monstruosos se imputan al *fatum*, pero los actos culpables a la moralidad” (*Fedra*, 143-44) y en general los amores incestuosos representan *coitus nefandos* (*Fedra*, 160; 596; 796).

Del mismo modo, en Virgilio, los seres monstruosos —así los gigantes de los orígenes, por su desmesurada estatura— son “*nefandos*” (...*tum partu Terra nefando*, *Georg.*, I, 279-80), lo mismo que los Ciclopes (*infandi Cyclopes* —*Aen.*, III, 644—; *gentem nefandam*;

de tal modo que el “ius” es aquello que “liga”, “ata” y “vincula” a los hombres, uniéndolos “como el «iugum» liga a los bueyes y como la armadura a los ladri- llos”. Esta fue la expresión común de los autores del siglo pasado. Así, fue la orientación seguida por Pott⁽⁵⁰⁾, Meringer⁽⁵¹⁾ y aceptada por Beseler⁽⁵²⁾, Ihering⁽⁵³⁾, Bonfante⁽⁵⁴⁾, etc., representando para un espíritu tan jurídicamente sutil como Francesco Carnelutti⁽⁵⁵⁾, “una de las maravillosas intuiciones del pensamiento humano”.

Esta orientación reconoce una rama más actualizada, la cual, no obstante partir de la misma raíz, pone especialmente el acento en aquello que resulta unido por estar “cerrado”, “circunscripto”, “tener forma circular o de anillo”, “la asamblea en forma de círculo”, y de este modo “el tribunal”, “lo que queda establecido en el tribunal y que en consecuencia liga, vincula, une”. Tal es la dirección asentada por J. Trier⁽⁵⁶⁾ y aceptada por C. Gioffredi⁽⁵⁷⁾. Para esta línea, el origen del “ius” es netamente judicial, es decir nacido de la actividad jurisdiccional del pretor.

(b) Existió también otra corriente, muy seductora para ciertos espíritus, aunque no respaldada suficientemente por la filología, según la cual “ius” deriva- ría de “Iouis”, es decir la designación de Iuppiter, haciendo de éste la fuente emanativa del “ius”, como ley dada a la “ciuitas” por intermedio de su sacerdote, el “rex”, dotado de un poder místico-carismático. En esta línea se ubica G. B. Vico⁽⁵⁸⁾ y entre los pocos que la siguen en la época actual, Cocchia⁽⁵⁹⁾. Como detalle curioso en favor de esta opinión, está el hecho de que los antiguos

ibid., 653) y también los acontecimientos o acciones contra natura. Así, los prodigios —caso de las llamas que aureolan la cabellera de Lavinia, *Aen.*, VII, 73— resultan *nefandi*. Lo mismo es *nefas* que Charon transporte a los vivos en su barca (*Aen.*, VI, 381) porque mezclando así los dos órdenes separados de la vida y la muerte perturbaría el orden del mundo; y *nefas* es para los Latinos una guerra contra el querer de los dioses, puesto que este querer, al mismo tiempo *fatum*, se identifica con el justo desarrollo de la historia (*Aen.*, VII, 583-84).

Y también en Tito Livio, *nefandum, infandum* = monstruoso, tal como se ve en I, 13, 1-2 = que el suegro en la guerra de las Sabinas combata contra el yerno; en XXIII, 5, 12-13 = que un hombre coma carne humana o en XXXIX, 13, 11 = respecto de los actos de las Bacanales (inmolación de niños, relaciones sexuales ilícitas, etc.).

En cambio “fas” aparece siempre = “normal”, “conforme al orden del mundo”. Así, en Séneca (*Fedra*, 213-14: “Contra divites/regnoque fulti plura quam *fas est* petunt”) haciendo relación a que “Por qué los ricos... desean más de lo que les corresponde, es decir más de lo que está en el orden de las cosas, = más de que *fas est*. O en Virgilio (*Aen.*, IX, 94-96), pasaje en que Iuppiter se queja “que los barcos hechos por la mano de los mortales tengan estatuto de inmortales, como si *fas habeant* = como si estuviera en el “orden de las cosas”.

(50) *Etymolog. Forsch.*, 1883, I, 213.

(51) *Indogermanischen Forschungen*, 17 (1904-05), 144.

(52) *Beiträge*, 4, 100.

(53) *Geist des römischen Rechts*, 1924, I, 218.

(54) *Istituzioni*, párr. 2, N° 1.

(55) *Arte del Derecho*, Bs. As., 1948, Ejea, 15.

(56) Cfr. la buena recensión ofrecida por Kaser, M., *Das altrömische ius*, Göttingen-Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p. 27, nota 20.

(57) *Diritto e Processo*, Roma, Apollinaris, 1955, p. 49.

(58) *Scienza Nuova*, II, párrs. 398, 433, 489.

(59) *Introduzione storica allo studio della letteratura latina*, pp. 352 y ss.

latinos solían escribir “iousa” en vez de “iura”; asimismo una vieja inscripción establecía “iouestad” al parecer en lugar de “iusto”⁽⁶⁰⁾.

(c) Pero la opinión hoy día preponderante, que es la que seguiremos en este trabajo, es la que hace descender el vocablo “ius” de la correspondencia con el indoiranio “yaus”, ya en la expresión irania “yaoš”, ya en la expresión védica “yóh”, siendo ambas formas muy vetustas que pertenecen al más antiguo vocabulario religioso. Dentro de esta corriente mayoritaria encontramos la línea de interpretación corriente en nuestros días⁽⁶¹⁾.

2. Análisis del vocablo “yaus”

De acuerdo con el análisis realizado en su importante trabajo sobre este tema por G. Dumézil, resulta útil entender la ascendencia del vocablo “yaus”, en los términos originarios, para poder de este modo acceder al conocimiento y vivencia del “ius”.

(a) El vocablo iranio “yaoš” aparece en el Avesta unido generalmente al verba “dā” (*hacer*), de tal modo que se forma la expresión fija “yaoš da” con el significado de “hacer la purificación”. Esto se logra entender partiendo del siguiente esquema: una cosa o una persona se encuentran en un estado determinado —“normal” o “profano”—, pero se puede lograr que las mismas lleguen a un estado de perfección, precisamente “haciendo la purificación” (*yaoš dā*). Así se la encuentra referida a actos humanos por medio de los cuales se pretende:

(i) tornar místicamente completa, perfecta, una cosa invisible, una entidad, un estado espiritual, a partir de ese estado “normal” o “profano” que hemos señalado, tal como se ve por ejemplo, cuando Zoroastro, dialogando con el Señor respecto de su misión habla de “la conciencia religiosa que debe adquirir”, aquí⁽⁶²⁾, se emplea la forma gramatical “yaoš... dā”, es decir, obtener el logro de una purificación interior, de un estado místico especial. También cuando le es pedido a Armaiti (el Pensamiento Piadoso, uno de los Arcángeles, en quien está personificada la actitud del fiel) que prepare para el mortal por medio de las obras de la buena doctrina “las mejores cosas”, a saber la resurrección, la vida eterna, en este caso también la forma empleada para designar esta preparación es “yaoš dā”;

(ii) poner ritualmente un instrumento del culto en el estado necesario, apto para su utilización en la ceremonia religiosa, como por ejemplo “puri-

⁽⁶⁰⁾ Cfr. Ernout, A., *Recueil de textes latines archaïques*, París, Klincksieck, 1966, pp. 4 y 7; Dumézil, G., *Idées romaines*, Gallimard, 1969, pp. 12 y ss.; Graneris, *Philosophia iuris*, Torino, SEI, 1943, pp. 33 y ss.; además, en general Orestano, *Dal “ius” al “fas”*, en BIDR, 46 (1940), p. 218; De Francisci, *Storia dir. romano*, 1931, p. 286; Beduschi, *Riv. Ital.*, 10 (1935), p. 255.

⁽⁶¹⁾ Así, entre otros, Bréal et Bailly, *Dict. Etym.*; Ernout et Meillet, *Dict. Etym.*; Dumézil, *Revue d'histoire des relig.*, 124 (1947) 48, 23 y ss., reproducido en *Idées romaines*, pp. 31 y ss.; Devoto, *Atti Congr. intern. di dir. romano*, Roma, 1 (1934), pp. 23 y ss.; Id., *Storia ling. di Roma*, 18; Graneris, *Philos. iuris*, pp. 33 y ss.; Noailles, P., *Du droit sacré au droit civil*, cit., p. 23; De Francisci, *Stor. dir. romano*, I, 376; Id., *Arca na Imperii*, III, 1, 138; Id., *Primordie Civitatis*, 378, IX; Ferrini (en Gluck, *Pandette*, 1, 2, n. a); Levy-Bruhl, H., *Recherches sur les Actions de la Loi*, París, Sirey, 1960, p. 59; Orestano, BIDR, 46, pp. 218 y ss., cit.

⁽⁶²⁾ *Yasna*, 44, 9.

ficar" el licor, la libación que va a servirse para la ofrenda (*yaož-dātam zao θram*)⁽⁶³⁾; o

(iii) volver ritualmente puro lo que ha sido profanado, tal como se aplica en el *Vidēvdāt*, que es un código religioso que detalla un número de faltas, sobre todo contra la pureza ritual, así como las sanciones y reparaciones correspondientes.

Se puede, pues, resumir su sentido diciendo que se trata por tal forma idiomática (*yaož dā*), ya de "purificar" (llegar a un estado de "pureza" a partir de un estado vulgar dado) a alguien (sentido "i"), o a algo (sentido "ii"), o "reparar purificando algo profanado" (sentido "iii").

(b) A su vez, la palabra védica "*yóh*" = felicidad, bienestar, siempre figura en el Rig-Veda en combinación con "*sám*" = bendición, salud; hace mención más que de un acto humano, de la concesión por parte de los dioses de la "salud", de la "bendición", tal como se muestra en la forma "*sám ca yóh ca*" que se emplea para llamar sobre algo o alguien el poder de protección de los dioses. Esta "salud" o "bendición" tiene un sentido amplio, abarcando incluso un interés material, tal como se puede ver en el Rig-Veda (II, 33), donde se pide a Rudra que dé la medicina para el "*sám*" y el "*yóh*" (= el bienestar y la salvación); también en VI, 50, 7, donde se pide el "*sám yóh*" a las aguas "pues sois médicas muy maternas" y en V, 53, 14, donde se pide a los Marut que las aguas de la lluvia caída sean "*sám yóh*" (= medicina saludable).

G. Dumézil, estableciendo el balance de las concordancias y las diferencias entre ambas formas primarias, reunidas como hemos dicho en el vocablo "*yaus*", resume las distintas acepciones en las dos siguientes:

I. Para designar el estado "máximo", lo "optimum" (ya sea desde un punto de vista místico o ritual, o desde un punto de vista físico, material), el cual se logra a partir de una situación determinada.

II. Para designar el estado "normal" (desde los mismos puntos de vista) por el cual se restaura algo a partir de un estado impuro o enfermo.

3. Análisis del vocablo "*ius*" (primera acepción)

Vayamos ahora al vocablo latino "*ius*". Si establecimos su correspondencia con el vetusto "*yaus*", veremos como, pese a que conserva su sentido primitivo, su contenido, y sobre todo su aplicación se verá desplazado.

Corresponde en primer término estudiar la vinculación que tiene el primero de los sentidos encontrados por G. Dumézil de la expresión indo-iranía en el término latino, lo cual nos conducirá a lo que podemos establecer como el "sentido ritualista del *ius*", y que será la primera acepción comprensiva de este vocablo.

En los textos mencionados, la aplicación de "*yaus*" tiene siempre un sentido circunscripto a "algo" o a "alguien". Así, es Zoroastro quien pretende lograr su "optimum" místico (*Yasna*, 44, 9); es la libación la que será "purificada" (*Yašt*, X, 120), etc. En cambio, como es sabido, el derecho sólo puede ser comprendido dentro de un contexto de "alteridad" en cuanto que, cualquier situación jurídica implica siempre la existencia de un "alter": si existe un

(63) *Yašt*, X, 120; cfr. *Yasna*, 65, 10; *Vidēvdāt*, 14, 4; *Yašt*, VIII, 63.

“acreedor”, es porque hay un “deudor”; si existe un “propietario”, es porque los otros no lo son; etc. De aquí, en consecuencia, que la intelección del *ius* como pretensión *máxima* u *óptima* que pueda tener una persona, ya sea respecto de “algo” (v.gr., poder decir respecto de una “res mancipi” que ella es “*mea ex iure Quiritium*”) o de “alguien” (v.gr., detentar una “potestas” sobre otro), nos obliga necesariamente a recurrir a una “alteridad”, puesto que lo “óptimo” de un individuo sólo puede ser definido jurídicamente en relación con la situación de otro.

Aquí residiría la diferencia fundamental respecto de la intelección del “*yaus*”, puesto que este término receipta una aplicación con un criterio de individualidad, entendido como el “*optimus*” espiritual al que pretendo acceder y que sólo tiene efectos en cuanto “a mí mismo”. En cambio, el vocablo “*ius*” debe ser comprendido con un criterio de alteridad, en cuanto que el “*optimum*” jurídico implica siempre una relación, es decir sólo puede ser entendido en cuanto lo relaciono con el “*status*” —entendido como “posición jurídica”— de otro. Para entender mi estado espiritual, me basta verme en mí mismo, para considerar si mi espíritu ha progresado o no hacia una forma superior; en cambio, para entender el “*ius*” como “lo máximo que me corresponde *ex iure Quiritium*”, la expresión sólo tiene sentido si lo establecemos concordantemente con la situación privativa de los demás; a su vez, el “*ius*” de acreedor está siempre proporcionado a un “*status*” particular de alguien como deudor, puesto que sin esta relación resultaría incomprensible.

4. La relación entre “*yaus*”, “*ius*” y “*ritos*”

De este modo, la relación “*yaus - ius - ritos*”, se explica muy claramente. Así como el sacerdote iranio que va a “purificar” la libación para la ofrenda (es decir, lograr el “*optimum status*” de una cosa normalmente profana = *yaož dā*) debe cumplir determinadas prescripciones rituales, así también el romano, para lograr su pretensión “*máxima*”, “*óptima*” —desde el punto de vista jurídico— de acreedor, propietario, etc., deberá cumplimentar determinadas reglas u ocurrir determinados acontecimientos que de acuerdo con dichas prescripciones rituales produzcan el efecto de “*optimación*”.

Si pretendemos re-crear la “*forma mentis*” del viejo romano, tenemos que decir que pensaba del siguiente modo: “si cumplo los ritos, si digo las fórmulas prescriptas, ello determinará que mi posición sea «*iusta*»”. Y precisamente las aplicaciones más antiguas son del orden siguiente: “*ius est*” o “*ius non est*”, cuando no la forma calificativa relacionada con una situación determinada: “*iustus*”, “*iusta*”, “*iustum*”. Esto se ve claro si analizamos ciertas reglas conservadas de la ley de las XII Tablas, como aquella que dice: “*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*” (VI, 1) y también aquella otra: “*uti legassit super pecunia tutelae suae rei, ita ius esto*” (V, 3), en ambas, la expresión final (*ita ius esto*) tiene un claro sentido de establecer como “*lícito*” todo aquello que el individuo singular realizara por los ritos del “*nexum*”, de la “*mancipatio*”, la mera “*nuncupatio*”, demostrando que la validez de los negocios depende esencialmente de la satisfacción de las reglas rituales⁽⁶⁴⁾.

(64) La regla “*cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*” = “todo aquello que yo declare en la «*nuncupatio*», en los ritos del «*nexum*», o de la

De este modo, la expresión “*iustus-a-um*” o el adverbio “*iure*” están siempre relacionados con un acto respecto del cual se han cumplimentado los ritos tradicionales; si no hubiera sido así, esos actos serían “meros actos”, pero al intervenir los “ritos” por efecto de ellos la situación se “maximiza” mereciendo la “cualificación” mencionada (*iustus-a-um*). Así, como ya hemos visto, *iustum bellum* = guerra justa, en el sentido de que no se trata de una mera guerra (= profana), sino se la declaraba de acuerdo con los ritos de los feciales; lo mismo ocurre, en forma análoga, con la “iusta deditio”⁽⁶⁵⁾, con la “iusta servitutis” (Gayo, I, 11), con “iusta causa manumissionis” (Gayo, I, 18), con “iustum testamentum” (Gayo, II, 114; II, 146), etc. La constante en todos los casos es la realización de los ritos que acarrea su “optimización” o “maximización”.

Otras veces —así casos de *ius est* o *ius non est*—, la “cualificación” está relacionada con el “tiempo” en que deben ocurrir los ritos: ello es claro en el ya señalado caso del “*ius non est*” en los “*nefasti dies*” (Varro, *de ling. lat.*, VI, 53), por cuanto no son los días aptos para la realización de los ritos jurisdiccionales; otras veces “*iusti dies*” tiene el significado de días “solemnemente imperari *ius non sit*”; y otras, vinculadas con las personas aptas para llevar a para el supuesto de la *manus iniecti iudicati*, o los que separan la “*promulgatio*” de la convocatoria de los “*comitia centuriata*”⁽⁶⁶⁾.

Otras veces, el *ius est* está relacionado con el “lugar” donde debe ocurrir el acto. Así, en el ejemplo ya analizado (*supra*, 8, “b”) de Aulo Gellio acerca de que el ejército romano (y por ende los *comitia centuriata*) “*intra urbem imperari ius non sit*”; y otras, vinculadas con las personas aptas para llevar a cabo ciertos actos: así, en este pasaje de Aulo Gellio: “*Praetor, etsi conlega consulis est, neque praetorem neque consulem iure rogare potest*”, en el sentido de que el pretor, no obstante ser colega del cónsul, no puede “*iure*” —conforme al “*ius*”— citarlo jurisdiccionalmente (ni tampoco a otro pretor), para que concurra a juicio. Ello significa que no tiene “*potestas*” para convocarlo a los ritos procesales.

El conjunto de las “fórmulas” de los “ritos” que debían ser cumplidos escrupulosamente, es pues lo que determina para el romano el estado “óptimo de alguien en relación con otro”, esto es la “cualificación” de una específica situación como “*iusta*”.

5. Aplicaciones del vocablo “*ius*”

De acuerdo con esto, se nos pueden aclarar algunos otros aspectos:

(a) Así, podemos entender que “cumplir los ritos” es determinar la “*licitud*” de la situación, definiendo con ello el “*ius*”.

Resulta aquí interesante señalar que cuando los autores se refieren a esta época, hablan genéricamente de que las fuentes del derecho estaban representadas por las “*mores maiorum*” —es decir, las “costumbres de los antepasados”.

«*mancipatio*», que todo eso sea «*ius*». La otra, “*uti legassit super pecunia tutelae suae rei, ita ius esto*” = “todo lo que legara respecto de sus bienes o sobre la tutela —mediante la declaración (*nuncupatio*)— que todo eso sea “*ius*”.

(65) Cfr. Tito Livio, IX, 10, 7.

(66) Cfr. Festus (Paul ep.) 92 (L.); Serv. *Ad Aen.*, 8, 1; Aul. Gell., 15, 27, 4; Macrob., 1, 16, 15.

dos”—. Pero si recordamos que existe una virtual sinonimia entre la palabra “mos” (costumbre) y “ritus” (rito), tal cual lo podemos leer en Festus, cuando dice que “*ritus est mos comprobatus in administrandis sacrificiis*” (364, 34) y también que se puede hablar de “*ritus, mos, uel consuetudo*”—que señala la analogía idiomática entre dichos vocablos— agregando que “*rite autem significat bene ac recte*”, es decir, que los “ritos” están vinculados con lo “bueno” y lo “recto” (337, 4)⁽⁶⁷⁾, resulta comprensible que esas *mores maiorum* = “ritos de los antepasados”, es decir, los ritos que se practicaban regularmente en las agrupaciones clánicas.

(b) Otro detalle significativo es la expresión “*ex iure Quiritium*” empleada en ritos tales como la *mancipatio* (Gayo, I, 119), la *in iure cessio* (Gayo, II, 24), como formas adquisitivas, o también en las formas procesales, no sólo del *sacramentum in rem* (Gayo, IV, 16), sino también en la *formula per sponsionem* (Gayo, IV, 93) o en el procedimiento *per formulam petitoriam* (Gayo, IV, 91) y también en otros supuestos donde se afirma una situación absoluta, como por ejemplo la *libertas* en el proceso de libertad (cfr., Cicer., *pro Caec.*, 33, 96).

Para algunos⁽⁶⁸⁾ con esa denominación se está haciendo referencia al “ordenamiento” jurídico que tuvo Roma desde la época más antigua⁽⁶⁹⁾; para otros⁽⁷⁰⁾ implica la oposición del “derecho de los ciudadanos romanos” respecto del de las “comunidades latinas”. Pero, sin entrar en el análisis de este problema, creemos que como bien lo estableció Carlo Gioffredi⁽⁷¹⁾ “esta interpretación crea una dificultad muy remarcable: no es verosímil que ya en una época tan particular «ius» pudiese tener el significado de ordenamiento propio de una comunidad determinada, es decir, el significado de derecho en el sentido más pleno; pero sobre todo no se alcanzaría a comprender la función de esa determinada referencia «política» en actos jurídicos internos, tales como la «vindicatio» o la «mancipatio»”.

Por ello es que resulta para nosotros correcta la interpretación dada por el mencionado romanista italiano de que la expresión “*ex iure Quiritium*” hace referencia a la plenitud de una determinada situación jurídica, entendida como la “máxima” cualificación que podemos hacer de esa situación, lo cual vale como “*optimo ius*”⁽⁷²⁾.

Esto concuerda con todo el contexto etimológico que venimos reseñando, de tal modo que venir a expresar que algo es mío “*ex iure Quiritium*” (tal la fórmula de la *mancipatio*: *Hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio*; Gayo, II, 24), debe ser entendido como que esa cosa me ha sido atribuida en forma “iusta”, esto es por un rito tradicionalmente eficaz, de manera tal

(67) Resulta sugestivo compararla con la definición de Celso: *ius est ars boni et aequi* (Dig., I, 1, 1, pr.).

(68) Así, Mommsen, *Der. Publ.*, VI, 1, 6, n. 1; Mitteis, *Röm. Privatrecht*, 1908, p. 67, Nº 15; Guarino, *Ius Quiritium*, en *Iura*, 1950, pp. 265 y ss.

(69) Se suele apoyar en Insts., I, 2, 2: “*Ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus, uel ius Quiritium, quo Quirites utuntur*; remárguese la grosera interpolación “*ius civile Romanorum*”, cfr. De Visscher, *Mél. H. Lévy-Bruhl*, p. 321; Fr. Pringheim, *St. Bonfante*, II, II, pp. 548, 587).

(70) Así, De Visscher, *Autour du “ius Quiritium”*, en *Festschrift Fritz Schulz*, II, pp. 71 y ss.; íd., *Ex iure Quiritium* en *Mélanges H. Lévy-Bruhl*, pp. 317 y ss.

(71) Gioffredi, C., *ob. cit.*, p. 284.

(72) Respecto de aplicaciones de *optimo iure, optima lex*, cfr. Gioffredi, C., *ob. cit.*, p. 287, nota 13.

que por su cumplimiento me ha sido dada la mejor de las situaciones respecto de ella. La distinción entre “in bonis habere” (tener algo para mí conforme a la *naturalis ratio*) y tener algo “ex iure Quiritium” (en virtud de los “ritos”) surge de este modo transparentemente explicada⁽⁷³⁾.

Quedaría el problema de por qué la expresión analizada aparece solamente con los derechos llamados “reales” o “absolutos”⁽⁷⁴⁾, pero ello se explicaría por cuanto tiene sentido proclamar una situación “activa”, por ejemplo, respecto de una cosa al afirmar que ella es mía “en la mejor de las calidades” (*optimo iure = ex iure Quiritium*), pero carecería de sentido, por ejemplo, en el caso de una “obligatio”, la cual no es definida por los Romanos como “el derecho del acreedor”, sino en forma pasiva como “la situación del deudor”⁽⁷⁵⁾, es decir, el estado de constreñimiento en que se encuentra el *obligatus*, por lo cual no hay posibilidad de utilizar aquella expresión, debiéndose recurrir al circunloquio formulario del “dare facere praestare oportere” (“Que se le deba “dare”, “facere”, “praestare”... al acreedor).

(c) Además de significar el “status” óptimo o máximo de cualificación que corresponde alcanzar en un momento determinado, el vocablo “ius” tiene también la acepción de connotar la “medida objetiva” del mismo, en el sentido de designar “aquello que corresponde a alguien”.

Este sentido se ve por ejemplo en ciertas fórmulas religiosas donde el vocablo “ius” aparece relacionado con la divinidad. Debemos recordar para su comprensión que la religión romana está encarada dentro de un contexto de juridicidad, ya que las impetraciones realizadas bajo un esquema contractual del tipo “do ut des” —te doy para que me des—, con lo que, si se pide algo a los dioses (un favor, un beneficio, etc.) es porque al mismo tiempo se les da “algo”, como contraprestación. Este “algo” es lo que “le corresponde a la divinidad” y ello, con las fórmulas es llamado “ius”. Así, en Catón (*de agric.*, CXXXIX):

“Si deus, si dea es, quium illum sacrum est, *uti tibi ius porco piaculo facere* illiusce sacri coercendi ergo harumque rerum ergo, siue ego siue quis iussu meo fecerit, *util id recte factum siet*...”⁽⁷⁶⁾

en la cual la divinidad es considerada “propietaria” del *piaculum* y la expresión “tibi ius” nos aclara el sentido de “ius” = “lo que a ti, como divinidad, te

(73) Ciertamente que el empleo es no sólo de *ex iure Quiritium*, sino también de *ius Quiritium*. Así, Gayo (I, 35): “Quod si cuius et in bonis et ex iure Quiritium sit manumissum ab eodem scilicet et Latinus fieri potest et *ius Quiritium consequi*”. “Aquel que al mismo tiempo esté sometido a la propiedad «bonitaria» (*in bonis*) y a la propiedad quiritaria (*ex iure Quiritium*) de su *dominus*, puede ser manumitido por el mismo y llegar a ser Latino y hasta obtener el “*ius Quiritium*”, pero entendemos que aquí también no hay ninguna dificultad para entender la expresión como que el Latino accedería a la “optimización” de su *status = ius Quiritium* (Comp. con De Visscher, cit. p. 321 = *status civitatis*, lo cual acá tampoco deja de ser cierto, ya que señala precisamente la distancia existente entre el *status* del Latino y el del ciudadano Romano).

(74) Este detalle fue ya denunciado por Mitteis, *ob. cit.*

(75) En efecto, los romanos no definen el “derecho de crédito”, sino la “obligatio”, es decir, mirando la situación del “obligatus”; de ahí que resulta cierto que “*obligatio est vinculum iuris, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*” (Insts., 3, 13, pr.).

(76) La traducción sería así: “Seas un dios, seas una diosa, de quien es esta ofrenda, que consiste en hacerte el sacrificio de un puerco, que es “lo que te corresponde, resultando constreñido por ello, ya sea por mí o por quien por orden mía lo hiciera, que dicha ofrenda te deba ser rectamente entregada...”.

corresponde”, sacrificio que debe ser rectamente entregado (*uti id recte factum siet*...).

Igual ocurre en este otro párrafo, también de Catón (íd., CXXXII):

“Iuppiter Dapalis, *quod tibi fieri oportet*, in domo familia mea culignam vini dapi, eis rei ergo macte hace illace dape pollucenda esto”(77)

en la cual lo interesante es la expresión “quod fieri tibi oportet” —comenzando por aquello que a ti te debe ser dado—, señalándose con un verbo que será propio de la fórmula de la “actio in personam” (dare praestare facere oportere) la obligación que se tiene respecto de Iuppiter Dapalis, es decir, cumplir su “ius”, “su pretensión máxima u óptima” = “pretensión debida, o que corresponde”.

Del mismo modo, en el párrafo en el cual Aulo Gellio habla de la “captio uestalis” (I, 12, 14):

“Sacerdotem Uestalem, quae sacre faciat, quae ius siet sacerdotem Uestalem facere pro populo Romano Quiritibus, uti quae optima lege fuit, ita te, Amata, capio”(78),

el sentido de “*ius siet sacerdotem Uestalem facere pro populo Romano Quiritibus*” debe ser entendido como el grado de competencia del actuar de la Vestal, la “máxima u óptima medida en que debe cumplir la Vestal los ritos por el *populus Romanus* de los Quirites”.

Aclaremos, sin embargo, que en estos ejemplos dados, el vocablo “ius” no puede ser confundido con la noción de “derecho subjetivo” en el sentido moderno. La configuración romana resulta extraña a la idea actual de dividir la “normatividad” y la “facultad subjetiva”, puesto que la idea misma de ese “optimum”, entendido como la situación “iusta”, esto es, “aquella que corresponde”, en la cual no hay exceso ni defecto, pues resulta medida por el “rito”, nos está hablando de otra perspectiva de intelección, en la cual no podemos realizar la escisión señalada, ya que lo “óptimo” es algo que al mismo tiempo tiene su aspecto “objetivo” (desde este punto de vista sería una *res incorporale*, que señala una “zona de poder”, “un sector determinado de prerrogativas o de cargas”), pero también presenta un aspecto “subjetivo” (ya que es un sujeto determinado, concretamente señalado y no un ente abstracto el que detenta ese “interés” o “utilidad”)(79).

(77) “Júpiter Dapalis, por aquello que corresponda que se te deba dar, en mi casa y con mi familia, te ofrezco esta copa de vino, que te ofrendo ritualmente como comida en tu honor”.

(78) “Amada, te tomo como Vestal para que cumplas los ritos que debes hacer, y que te corresponde (*ius siet*) por el *populus Romanus* de los Quirites, conforme a la *optima lex*”.

(79) Cfr. D’Ors, A., *Aspectos objetivos y subjetivos del “ius”*, St. Albertario, II, p. 297; Grosso, *Problemi generali*, 8; Arangio-Ruiz, V., *Istit.*, 1968, p. 22; Gioffredi, *ob. cit.*, pp. 291 y ss.; Villey, M., *L’idée du droit subjectif et les systèmes juridiques romains*, *Rev. Hist. dr. franç. et étrang.*, 1946, pp. 200 y ss.; *Du sens de l’expression “ius in re” en droit romain classique*, en *Mélanges De Visscher*, I, pp. 417 y ss.; *Le “jus in re” du droit romain classique au droit moderne*, Publ. Inst. Droit Romain, París, Sirey, 1950, pp. 187 y ss.; *Sum cuique tribuens*, en *Studi De Francisci*, I (1956), pp. 362 y ss.; Kaser, M., *Das altrömische “ius”*, cit., p. 96, autores que traducen “ius” por “situazione giuridica obbiettiva”, “posición justa”, “posición jurídica”, “Rechtsstellung”, evitando la connotación

6. Análisis del vocablo "ius" (segunda acepción)

Pero, como ya lo expresamos, la raíz "yaus", aparte de designar al estado "óptimo" o "máximo" logrado a partir de una situación determinada (primera acepción), resulta también comprensiva para designar la restauración del "estado óptimo o máximo" de una situación que había quedado deteriorada en un estado impuro o enfermo (segunda acepción).

De acuerdo con el segundo sentido nos aproximamos a la situación litigiosa. En ella existe siempre una controversia en la que se discute la existencia de ese "optimum" o "maximum" que creemos nos corresponde y que otra persona pretende atribuirse o simplemente negar o desconocer. Podríamos, en tal caso, caracterizar a esa "situación" o "posición" discutida estableciendo analógicamente que se trata de un estado "impuro" o "enfermo" comparado con la situación anterior ("óptima" o "máxima"); precisamente debido a ese deterioro se debe sanear la polución en que ha caído, restaurando la limpidez de la situación. Esto se logra por medio de la intervención del magistrado, quien está dotado de tal potestad de purificación, esto es de la "iuris dictio" —de allí la "jurisdicción"— establecida en orden a su potestad de "ius dicere".

Acá se hace necesario efectuar algunas aclaraciones para poder lograr la inteligencia perfecta de este otro sentido del vocablo "ius":

(a) La palabra "ius" posee una acepción que nos conecta directamente con el lugar donde se administra la justicia" (Dig., I, 1, 11), tal como se muestra en los siguientes pasajes de la ley de las XII Tabas: "Si *in ius* vocat, ito" (Si te convocan *in ius* —ante la justicia—, debéis ir) (I, 1); "*in ius* ducito" (Que sea conducido *in ius* —ante la justicia—) (III, 2); "quis endo eo *in iure* vindicit" (Si alguien, compareciendo *in iure* —ante el magistrado— hiciera la "vindicatio") (III, 3); "si (qui) *in iure* manum conserunt" (Si aquéllos, *in iure* —ante el magistrado— hicieron la "consertio in manu", rito del "sacramentum") (VI, 6a), pasajes todos ellos en los que se ve claro que se hace referencia por medio del vocablo "ius" al lugar donde el magistrado actúa para administrar justicia. De este modo, la formación gramatical *in iure* tiene siempre el sentido de actos ocurridos "en justicia", "ante el magistrado. Así, la *interrogatio in iure* (interrogación hecha ante el magistrado); *iusiurandum in iure* (juramento hecho ante el pretor); *confessio in iure* (confesión hecha ante el magistrado); *in iure cessio* (cesión de la propiedad efectuada ante el magistrado).

(b) A su vez, la palabra "dicere", que reconoce su ascendencia en la raíz *deik, dik* = mostrar y vinculada, como lo vimos con *Diké*⁽⁸⁰⁾ no significa acá el meramente "decir" en el sentido vulgar del término, sino que está referido a un nivel más elevado de la proferición de la voz. *Gioffredi*⁽⁸¹⁾ establece una

subjetivista. Para una comprensión del problema jusfilosófico, ver "Archives de Philosophie du Droit", t. IX, *Le Droit Subjectif en question*, Sirey, 1964 y de Villey, Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, Ed. Montchrétien, Paris, 1968.

Un sentido semejante de *ius* —no tanto como "facultad", sino como "status" se encuentra en algunos pasajes de las obras teatrales; así, en Plauto, *Capt.*, 244: "Quod antehac *pro iure* imperitabam *meo*, nunc te oro per precem"; *Cas.*, 371: "Sed te uterque *tuo pro iure*, ego atque hic oramus"; *Rud.*, 1392: "Nempe *pro meo iure* oras" y en Terencio, *Hec.*, 243: "Etsi scio ego... *meum ius* esse ut te cogam", etc. El problema es tratado por *Gioffredi*, *ob. cit.*, pp. 294-5 y *Kaser*, *ob. cit.*, pp. 96 y ss.

(80) Cfr. Ernout-Meillet, *Dict. Étymol.*, vº *dix, dicis... dico... dicare*.

(81) *Gioffredi*, *C.*, *ob. cit.*, p. 67.

interesante aproximación, con palabras que podrían ser vecinas en la inteligencia a *dicere*, pero de la cual se distinguen. Así, *fari* es el “mero hablar” (de ahí que *infans* = qui *fari* non potest: el infante es el que no puede hablar); *calare* tiene ya una significación solemne, tal como se puede ver en la expresión *comitia calata*, es decir, la designación de los comicios curiados “convocados” o “llamados en forma solemne” (Aul. Gell., XV, 27) y luego *nuncupare*, que se acerca más a *dicere*, en cuanto que se está haciendo referencia a un “decir” que tiene un efecto ligativo, vinculante, aún cuando en el *nuncupare* el campo de aplicación resulta más restringido, reduciéndose a lo declarado en el acto privado respectivo: así, la *nuncupatio* (declaración del dicente) del *testamentum per aes et libram*, la del *nexum*, la de la *mancipatio*⁽⁸²⁾. En cambio, en el *dicere* hay una declaración solemne con efecto vinculante, pero con una cierta generalidad de aplicación no obstante haber sido dicha para un caso determinado.

(c) Por lo tanto “*ius dicere*” tiene una vinculación con el empleo del verbo *dicere* en estas otras expresiones jurídicas: *legem dicere* (así, en el caso de *dicere leges*) al pueblo vencido = *legis dare* o *legis imponere*⁽⁸³⁾; *multam dicere* = imponer una multa⁽⁸⁴⁾; *edicere* = establecer el edicto⁽⁸⁵⁾; *intercedere* para resolver el *interdictum* = lo que se establece en la cuestión planteada por los litigantes⁽⁸⁶⁾; *diem dicere* = fijación del día para concurrir en justicia⁽⁸⁷⁾; *dictatorem dicere* = *dictatorem creare*⁽⁸⁸⁾; *vindiciae dicere* (establecer las garantías —*vindiciae*—)⁽⁸⁹⁾ o lo que resulta equivalente “*vadimonium dicere*”⁽⁹⁰⁾.

(d) De este modo, *ius dicere* está referido a la tarea de establecer el “*ius*” respecto de una litis, es decir, de una controversia que le ha sido presentada al magistrado y que tendrá posteriormente aplicación en otros casos análogos —por lo menos mientras se conserven las circunstancias que permitan la *aequitas* del igual tratamiento (*ceteris paribus*)—. Esta función del *ius dicere* no es el mero “decir” (*fari*), ni el “proclamar” (*calare*), ni el “declarar” (*nuncupare*).

Por el contrario, *ius dicere* tiene una función netamente creativa de lo jurídico. Ante el magistrado se plantea el dilema de las dos partes que alegan una contradicción y él, más que aplicar “normas” que no existían, puesto que, como es sabido, en la Roma primitiva no existió un ordenamiento normativo preestablecido, establece por así decirlo legislativamente el principio que corresponde aplicar enderezado a la solución del conflicto. Acá, la palabra *legislativamente* está empleada para vigorizar con un vocablo

(82) Cfr. mi *Verbum Iuris*, cit., pp. 37 y ss.

(83) Cfr. Livio, Tito, IX, 3, 12: “*leges iure bellis uictis imponere*”; id., XXXV, 16, 4: “*armis superatis uos iis legis imposuisse*”; id., XXXIX, 23, 6: “*uicto leges imponerentur*”.

(84) Así, Aul. Gellio, XI, 1, 2-4, donde respecto de la fijación del monto pecuniario impuesto por el pretor, se dice: “*M. Terentio quando citatus, neque respondit, neque excusatus est, ego ei unum ouem multam dico* = Contra M. Terencio, que citado, ni respondió, ni se excusó, yo le digo (impongo) la multa de una oveja”.

(85) Gayo, I, 6.

(86) Gayo, IV, 139.

(87) Así, Livio, Tito: II, 35, 5; II, 52, 2; III, 33, 9; X, 13, 10; XXV, 4, 6; XXXVII, 57, 10; XLIII, 8, 9.

(88) Equivalente a *dictatorem creare*: Varro, *de ling. lat.*, V, 82; VI, 61.

(89) Gayo, IV, 16.

(90) Todos estos ejemplos conforme Gioffredi, C., *ob. cit.*, pp. 64 y ss.

moderno en el sentido de la *creatio ex novo* del *ius* en el *ius dicere*, ya que técnicamente el pretor, si bien establecía el “edictum”, no era un “legislador”⁽⁹¹⁾.

Ocurre así, entonces, que el *ius dicere* es una tarea “fundacional”, que en cierto sentido podría también sonar como *ius reddere* (“restituir” el *ius*)⁽⁹²⁾, ya que se expresa desde el comienzo como una labor más “creativa” que “aplicativa”. La *iuris dictio* va significando los continuos hallazgos del pretor en la solución de las controversias. Este sentido autoritativo que tuvo esta potestad, aparece claramente delineado si recordamos que históricamente la *iurisdictio* resulta fundada sobre el “imperium”⁽⁹³⁾, el cual emerge desde la época regia y tiene a su vez un sabor netamente militar (de ahí la acepción de *imperator* como conductor de tropas), y con caracteres muy amplios en cuanto a su contenido, pues hace referencia a la capacidad de poder imponer a cada uno la propia decisión⁽⁹⁴⁾; pasa luego a los colaboradores del *rex* y ya en la época republicana al *praetor*, que tiene un origen militar y por ende es una magistratura “cum imperio”, de tal modo que si puede ejercer la *iurisdictio*, ello es porque se presenta ésta como una acción de autoridad tendiente a estatuir la solución más “iusta” de la litis y a evitar el ejercicio de la fuerza.

(e) Esta función que detenta el pretor romano (*qui ius dicit* = el que “dice”, establece el *ius*; a diferencia del *iudex* = *qui ius dicat* = el que “muestra” el *ius*), que implica la determinación de una “fórmula” específica por la cual se resolverá el caso, significa también una distancia respecto de la mentalidad moderna de la bipartición del derecho en “objetivo” y “subjetivo”. Más fidedigno para con la estructura mental romana, sería señalar acá también la existencia de un complejo unitario en el cual no resulta desarticulado lo “objetivo” de lo “subjetivo”, formando en suma un complejo simbiótico que es otra cosa de lo afirmado por los juristas modernos.

Ello quedaría bien significado, como dice A. D’Ors⁽⁹⁵⁾ en que “toda la dialéctica de la vida jurídica estriba en el discernimiento de la «posición justa». Todas las personas y todas las cosas tienen su posición, pero sólo es «justa» aquella que corresponde, es decir, donde no hay demasía ni menoscabo. La *iustitia*, al poner fin a la contienda de las posiciones encontradas, declara cuál es la «justa», reconociendo el «ius» de cada uno. En lo que hay de «norma» ésta aparece concretamente especificada —«subjetivizada»— en los

(91) Ver sin embargo, *Novelas* 25, pr. y 26, I, 1, donde se los llama “legisladores”, pero indudablemente corresponde a la época justiniana, ya que el uso técnico de la *lex* correspondió incluso en la época clásica a los *comitia* (cfr. Gayo, I, 3).

(92) Cfr. Ovidio, *Fast.*, II, 492; *Metam.*, XIV, 823.

(93) Cfr. sobre esto con Gioffredi, *ob. cit.*, pp. 77 y ss.; Voci, *Per la definizione dell'imperium*, en *Studi Albertario*, II, pp. 67 y ss.; De Francisci, *Intorno alla natura e alla storia dell'auspicium imperiumque* en *Studi Albertario*, I, pp. 399 y ss., principalmente pp. 415 y ss.

(94) Cfr. Aul. Gell., XIII, 12, 6 —con referencia a la *vocatio*, que comprende el *prendere*, *tenere*, *abducere*— y también Dig. II, 4, 2 (Ulp., *ad edict.*) con referencia a la *coercitio* y al *iubere in carcerem duci*. En la época primitiva, la expresión era *iura dare* (cfr. análisis de textos en Gioffredi, C., *ob. cit.*, pp. 69 y ss.), pero entre *ius dicere* y *iura dare*, existen diferencias, que este autor establece de este modo: “*ius dicere* è una funzione che si esplica attraverso determinate forme e mediante l'impiego di determinati riti e locuzioni, ed entro la prassi costituzionale del loro tempo; *iura dare* vuole indicare la stessa funzione, ma libera e aformale, sia per la risalenza dei tempi, sia per l'ampiezza del potere regio” (p. 70).

(95) D’Ors, Alvaro, *Aspectos objetivos y subjetivos del “ius”*, cit., p. 296.

litigantes y en lo que hay de «interés subjetivo», éste aparece enmarcado siempre «objetivamente».

Dentro de la interpretación etimológica que apoyan Trier y Gioffredi⁽⁹⁶⁾ en el sentido de que «ius» significaría «la asamblea en forma de círculo, de anillo», se puede señalar —aún cuando no sea dicho criterio etimológico el prevaleciente— que «la colocación en círculo para realizar una ceremonia jurídica sería también la posición justa», es decir, la que señala muy justamente la equidistancia del pretor —colocado en medio de ambas partes— que le permite determinar «objetivamente», el ejercicio del *ius dicere*, la exacta posición que el «ius» otorga a cada una de las partes⁽⁹⁷⁾.

7. Conclusiones

De este modo, a guisa de conclusión en este análisis del vocablo «ius» —sobre todo en sus aspectos más arcaicos—, podemos decir que esta segunda aplicación tiene alguna diferencia formal con la que examinamos anteriormente. Podríamos establecerla del siguiente modo: (i) en la acepción «ius = posición óptima determinada por el cumplimiento de los ritos», es el rito mismo, con su fuerza operativa el que está determinando la «iustitia» de la situación de los particulares; (ii) en cambio, acá, en la labor jurisdiccional, la tarea del pretor emerge como de segundo grado, puesto que ante él se presentan dos partes que alegan o niegan esa «posición» o «situación», siendo necesario que el magistrado encauce la regulación del pleito, devolviendo limpidez a la «posición» o «situación» discutida, o metafóricamente dicha, mancillada o profanada. El paralelismo de las aplicaciones del vocablo latino *ius* con las del vocablo indoiranio *yaus* aparece de este modo nitidamente delineado.

III

EL SENTIDO DE LA EXPRESION «IUS FASQUE EST»

1. El «fas» como «fundamento» y el «ius» como «institución»

Una vez que hemos establecido qué cosa es el «fas» y qué cosa es el «ius», corresponde inteligir qué grado de relación existe entre ambos. Por de pronto, hay que dejar bien aclarado, en primer término, que de acuerdo con lo analizado anteriormente, una cosa es el «fas» y otra cosa es el «ius», es decir, que ambos son distintos. Pero además, en segundo término, y tal como lo adelantamos desde un comienzo, y como se deduce de la propia expresión de la fórmula que comentamos, resulta para nosotros evidente que entre «fas» y «ius» existe una vinculación. Tal como lo señalamos, el «fas» tiene siempre el significado de «fundamento» o de «apoyo». El «ius», en cambio, aparece como «lo instituído»; recordemos en tal sentido que la denominación de *Instituta* dada a los textos didácticos de lo jurídico, se traduce precisamente por «instituciones». Ahora bien, así como en cualquier construcción física, ésta no puede estar ubicada en el aire, sino que requiere una «apoyatura», lo mismo ocurre con el «ius», que consiste en construcciones, «instituciones» que regulan

(96) Cfr., *supra*, II, 1, «a».

(97) D'Ors, Alvaro, *ibidem*.

las acciones y los negocios humanos. Y esa “apoyatura” sobre la que se asienta el “ius” es de naturaleza cósmico-divina, y por así decirlo metafísica, es precisamente el “fas”.

En los primeros tiempos, esta noción del *fas* más que conceptualizada —los romanos antiguos fueron muy reacios, o más aún carecieron de sentido de abstracción para lograr ese grado de conceptualización— fue perfectamente “vivenciada” por la conciencia romana: se trataba fundamentalmente de lograr la “apoyatura” en la “aprobación de los dioses”, tal como se puede entender, por ejemplo en la idea genérica de la *pax deorum*⁽⁹⁸⁾, es decir, la idea de que los dioses están complacidos con el quehacer de los hombres. Esta idea muy imprecisa e indefinida, hace que para la visión de los tiempos antiguos, la noción de lo jurídico (*ius*) aparezca en muchas situaciones prácticamente compenetrada con el concepto religioso. Así lo ve, desde una época posterior Valerio Máximo (2, 5, 2), cuando dice que “*Ius civile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum*” (Por muchos siglos, el *ius civile* figura entre los ritos y las ceremonias de los “sacra”, es decir, las dedicadas a los dioses). Se agrega a esto que el *ius civile* estuvo en manos de los pontífices, colegio sacerdotal que guardaba el contenido de las fórmulas jurídicas, así como el control del calendario. Y precisamente “pontifex”, ya = “hacedor de puentes”; ya = “el que instituye las vías; ya = “el que mantiene las vías”⁽⁹⁹⁾, tiene un sentido vinculado con “lo construido”, o mejor aún, de vigencia relacional o vinculatoria entre “lo construido” y su “fundamento”. En tal sentido, se torna elocuente que aún en la época de Cicerón éste recuerde, colocando en boca de Scaevola el dicho que escuchó de boca de su padre de que “nadie puede ser un buen *pontifex* si no conoce el *ius civile*”⁽¹⁰⁰⁾. Y esta situación de neto monopolio por parte del colegio pontifical va a suceder hasta el advenimiento de la célebre divulgación efectuada por Cneo Flavio⁽¹⁰¹⁾.

A ello se debe esa atmósfera, por así decirlo, mágica, con que se nos aparecen los viejos actos del derecho quirritario⁽¹⁰²⁾, sobre todo cuando tratamos de desentrañar el simbolismo que más que envolverlos exteriormente, conforma la esencia de los mismos, determinando precisamente uno de los caracteres de la vida jurídica de los Romanos. Hay indudablemente acá, ciertos actos jurídicos en los cuales la fusión entre la “institución” y el “fundamento” aparece como muy clara. Un ejemplo de ello sería la ceremonia de la “confarreatio”, es decir, el matrimonio realizado conforme a las ceremonias sacras; acá la constitución de la institución jurídica se confunde con la “apoyatura” realizada por el sacrificio a *Iuppiter Farreus* en presencia de su sacerdote, el

(98) Livio, Tito, III, 7, 14: ante los numerosos fuegos que parecían querer quemar el cielo, se imploró la *pax deorum*; es decir, ante la inestabilidad que parecen demostrar las cosas, se impetra la “estabilidad” —idea que está en la propia etimología del vocablo *pax*—; ver igualmente III, 7, 7; III, 8, 1; VII, 2, 2.

(99) Ver el problema etimológico en Fugier, H., *ob. cit.*, pp. 165 y ss. Sobre el colegio pontifical, ver Kaser, M., *Das altröm. ius*, N° 36, pp. 345 y ss.; Schulz, F., *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1967, pp. 57 y ss.

(100) Cicer., *de leg.*, II, 19, 47: “*Saepe, inquit Publi filius ex patre au diui, pontificem bonum neminem esse, nisi qui ius civile cognosset*”.

(101) Cfr. Tit. Liv., IX, 46, 5: “*Civile ius repositum in penetralibus pontificum evulgassit*” (El *ius civile* —guardado en los santuarios de los pontífices— fue divulgado... (por Cneo Flavio).

(102) Hay algunos actos que son difíciles de explicar fuera de un contexto explicativo “mágico”. Ello ocurre, por ejemplo, con la *perquisitio lance licioque*, forma ritual de perseguir al ladrón, debiendo el damnificado despojarse de su toga y vestido solamente con

flamen Dialis⁽¹⁰³⁾. Otro lo sería el proceso del *sacramentum*, que como es sabido fue la más antigua de las *legis actiones*. Su vinculación con lo “sacro” resulta de su propia denominación⁽¹⁰⁴⁾, y según lo revelan los actuales estudios sobre el tema —rectificada la mera idea de la “apuesta” o del “combate simbólico”⁽¹⁰⁵⁾—, y ya se lo tome como un “sacrificio”⁽¹⁰⁶⁾, ya como un “juramento”⁽¹⁰⁷⁾, o ya como un “juramento-sacrificio”⁽¹⁰⁸⁾, resulta claro que lo que se procuraba era provocar una decisión que, por exceder el plano de decisión humana, quedaba diferida a los dioses⁽¹⁰⁹⁾.

2. El problema de la “laicización” del “ius”

Pero en un determinado momento, comienza la denominada “laicización” ocurrida en el derecho romano, tal cual la analizó en su preciosa obra Fritz

un taparrabos (*licium*) debía proceder solemnemente a la persecución, teniendo en la mano un platillo (*lanx*). Esta forma de descubrir al *fur manifestus*, que al parecer estuvo vigente en muchos pueblos indoeuropeos (ver *Institutas de Gaius*, ed. crítica, La Plata, 1967, III, 192-3, nota 200) ha preocupado en cuanto a su interpretación; así, ver sobre todo la tesis de De Vischer, F., *L'enquête lance et licio*, en *Études* (1931), p. 218, n. 3, quien conjetura que el papel del platillo, que era de metal, funcionaba como un espejo mágico que indicaría el lugar donde se encontraba la cosa robada, así como también el ladrón. Otras tesis, ver *Institts.*, Gaius, ed. cit., III, nota 200.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. Serv., *ad Aen.*, 7, 374; *ad Georg.*, 1, 31; Plinio, *Nat. hist.*, 18, 3, 10; Gayo, I, 12. Para los distintos pasos de la ceremonia, ver Coulanges, Fustel de, lib. II, chap. II, de *La cité antique* (ed. Hachette, pp. 41 y ss.).

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. Varro, de *ling. lat.*, VI, 150: “*Sacramento a sacro*” (Se llama *sacramentum* porque está consagrado); Festus, vº *sacramentum*: “*Sacramentum dicitur quod iusurandi sacratione interposita factum est*” (Se llama *sacramentum* lo que se ha hecho haciendo intervenir la consagración del juramento). Ver *Insts.* de Gaius, ed. cit., IV, nota 14.

⁽¹⁰⁵⁾ Tal cual lo señala muy bien Noailles, P. *Fast et Jus*, 1948, pp. 57 y ss.; *Du droit sacré au droit civil*, cit., pp. 275 y ss., se ha abandonado hoy día la interpretación que veía en esta *legis actio* la realización de un “combate simbólico” (así, Asverus, *Ueber die Legisactio Sacramenti*; Bethmann-Hollweg, *Zivilprocess*, I, 132; Gottling, *Röm. Staatsverf.*, p. 139; Summer-Maine, *L'Ancien Droit*, p. 356; *id.*, *Insts. primit.*, p. 312 Voigt, *Zwölftalen*, I, p. 45; Jobbe-Duval, *Hist. de la procéd. civil*, I, p. 323), así como también la que veía en ella el “simulacro de un combate”, como recuerdo de una etapa primitiva en la que las lides y controversias se solucionaban por medio de las armas (*Selbsthilfe*: cada cual se ayuda a sí mismo); así, Ihering, *Geist des röm. Rechts*, I, tit. I, cap. I y ss.; Perozzi, *Insts.*, II, 131; Wenger, *Insts. der röm. Zivilprocess*, pp. 120 y ss. y entre los últimos adherentes Luzzatto, G. I., *Proc. civile romana*, II, 1948, pp. 95-111. Hoy día predomina la idea de que se trataba de un verdadero ritual religioso (así, Noailles, Lévy-Bruhl, Monier, Gioffredi, Kaser, etc., obs. cit. Ver ed. crítica de *Institutas* de Gayo, cit., IV, nota 16.

⁽¹⁰⁶⁾ Así, Noailles, P., *Du droit sacré...*, pp. 277 y ss., quien entiende que significaba un sacrificio propiciatorio: la solución del litigio resultaba del examen de las entrañas (*exta*) de los animales propuestos, a fin de descubrir el veredicto de los dioses.

⁽¹⁰⁷⁾ En esta posición hay que distinguir dos variantes: la que conceptuaba al *sacramentum* como un juramento introductorio de la instancia (así, Girard, *Manuel*, cit., p. 988, sobre la base de Danz, *Der sakrale Schutz im Rechtsverkehr*, 1857, pp. 151-221; Rudorff, *Röm. Rechtsgesch.*, II, párr. 21; Wenger, L., *ZSSt.*, 1919, p. 343; Karlowa, *Civil-process*, pp. 14-33; Cuq, *Insts.*, I, p. 409 (ed. 1891). En cambio, para otros sería un juramento decisorio integrante del ritual: así, Magdelain, *Essai sur les origines de la “sponsio”*, París, 1943, p. 175; Gioffredi, *ob. cit.*, Nº 11, pp. 119 y ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Así, Lévy-Bruhl, H. *SDHI* 1952, p. 13 y *Recherches sur Les Actionst de la Loi* París, Sirey, 1960, pp. 65 y ss. Para este autor se trataría de un juramento pactado por las dos partes y apoyado por el sacrificio de los animales, con el análisis de los *exta*.

⁽¹⁰⁹⁾ Siguiendo cualquiera de las posiciones mencionadas, con sus distintas variantes, el *sacramentum* se acercaría en más o en menos al mecanismo de un “juicio de Dios” o una “ordalia”. Ver sobre esto, Lévy, J. F., *Le problème des ordalies en droit romain*, en *Studi De Francisci*, II, pp. 407 y ss.

Schultz⁽¹¹⁰⁾. Pero es necesario entender correctamente la significación correcta de este nuevo paso. Precisamente, el autor alemán citado nos trae la cita de Horacio, en el acápite de su capítulo sobre el tema, que nos habla de cómo fue producto de la antigua "sapiencia" distinguir lo público de lo privado, lo sacro de lo "profano" (*Ars poet.*, V, 396). Y ello fue correcto; en efecto, tan erróneo hubiera sido haber englobado o asumido la totalidad de las ceremonias en el ámbito de lo "sagrado", como haberlas asimilado a todas en el ámbito de lo meramente "profano", ya que una cosa es lo "sacro" y otra cosa distinta es lo "profano". Pero admitiendo esto, no significa, como podría ocurrir para determinada línea del pensamiento moderno, que dichos ámbitos funcionen como compartimentos estancos, que nada tienen que ver el uno con el otro.

Esto se puede ver claramente si analizamos el importante papel que cumplen los "ritos". Cuando hablamos del "fas" nos hemos encontrado con la existencia de "ritos" e igualmente, cuando hablamos del "ius" señalamos su presencia. Ahora bien, no obstante que, por su propio origen etimológico la palabra *ritus* ha debido significar en un comienzo algo así como "fórmula religiosa que tiene fuerza de ley"⁽¹¹¹⁾, el hombre romano supo distinguir prontamente que no hay identidad absoluta entre los "ritos sagrados" o "religiosos" y los "ritos jurídicos". Mientras en los primeros establecemos una relación directa del hombre, de la familia, de la *gens*, del *populus* con la divinidad respectiva, en los segundos el establecimiento de la relación es siempre de un hombre o de varios hombres respecto de otro u otros hombres⁽¹¹²⁾. Pero ubicada así la diferencia, ella señala el límite de la "laicización". Los romanos, al igual que los otros pueblos de la antigüedad, entendieron que si bien lo "profano" hace a lo "humano", lo que no existe es lo "puramente humano", es decir, la inteligencia de algo que funcionara abstractamente omitiendo cualquier relación con el apoyo "cósmico-divino". Pero con todo esto, no estamos sino diseñando variaciones de lo dicho anteriormente, es decir, que el "ius" —como regulación de lo humano, entendido en sus relaciones de alteridad—, encontró siempre su fundamento en el "fas".

Así, bien conocido es al respecto que los "padres" de las gentes, así como también los magistrados —en su época el *rex*— que detentan la *potestas*, no va a realizar, en el ámbito de sus respectivos quehaceres, ningún acto importante sin previamente conseguir la "apoyatura" metafísica de los "auspicia", o en su caso de los "auguria". Sin entrar en la espinosa cuestión acerca de la diferenciación que existía entre ambas formas⁽¹¹³⁾, lo que nos llevaría a una

(110) Schultz, F., *Principles of Roman Law*, Oxford, 1956; ver cap. III: *Isolation*, pp. 19 y ss.

(111) Cfr. Ernout, E. et Meillet, E., *Dict. Étym.*, vº *ritus*, quien cita a Festus (364, 34): *ritus est mos comprobatus in administrandis sacrificiis* y también Paul Fest., 337, 4: *ritus, mos uel consuetudo. Rite autem significat bene ac recte.*

(112) Cfr. Gioffredi, C., *ob. cit.*, p. 48. Este autor plantea el problema haciendo un paralelo entre la *giuridicità delle forme religiose*, que considera viable, atento la relación "contractual", ya *do ut des*, ya *do ut facies* de las impetraciones y sacrificios y la *religiosità delle forme giuridiche* que considera menos aceptable. Creemos que mejor es el planteo entre *ius* y *fas* como "instituto" y "fundamento", que resuelve mejor los problemas relacionados con este tema que tratamos. Respecto del planteo de Gioffredi, ver las pp. anteriores: cap. III, "*Ius nella sfera sacrale*", pp. 39 y ss.

(113) Sobre esto se torna indispensable recurrir a la excelente y completa obra de Catalano, Pierangelo, *Contributi allo studio del diritto augurale*, Torino, G. Giappichelli edit., 1960 (t. I, único publicado). Respecto de la diferencia entre *auspicium* y *augurium*, las resume este autor del siguiente modo: a) por la "competencia": en general, salvo casos

complicada derivación en el camino de lo que estamos investigando, lo cierto es que ambos funcionan siempre como la "apoyatura cósmico-divina" de actos humanos relevantes.

Si tomamos la palabra *augur*, existe prácticamente acuerdo en aceptar que etimológicamente deriva del verbo *augeo*, que significa "aumentar". Este sentido originario, no hace sino resaltar y confirmar cuanto venimos diciendo. En efecto, el *augur*, lo que hace con la interpretación de los signos naturales que observa es dar ese "aumento" que sirve de "apoyatura" al acto humano, de tal modo que ahora, ante la respuesta afirmativa de lo "cósmico divino" que accede a "fundamentar", el acto resulta "plenificado"⁽¹¹⁴⁾.

De *augeo* deriva también "auctoritas" haciendo relación igualmente a ese "aumento" respecto del "acto de poder" realizado por el magistrado. Por ello, tal como lo dice Alvaro D'Ors, "el *augur* no es un hombre de poder, sino el hombre que sabe, es decir, una autoridad. Puede decirse, por tanto, que el augurar es una función de autoridad"⁽¹¹⁵⁾. De ahí, en consecuencia, la relación íntima que existe entre el "poder" —la *potestas*— y la "autoridad" —la *auctoritas*—; siendo que el primero, ejercido por un magistrado representa un acto de exteriorización de su *imperium*, se ve claro, desde el ángulo de lo humano, lo que decíamos recientemente, es decir, que esa *potestas* no puede funcionar sin la aceptación de la misma por la *auctoritas*, puesto que la primera está vinculada con el "hacer humano", pero necesita la "aprobación divina", es decir, el "apoyo" o "fundamento" de los dioses⁽¹¹⁶⁾. Del mismo modo, podemos establecer una relación semejante entre el "auspicium" y el "imperium", tal como queda acuñado en la expresión *auspicium imperiumque*⁽¹¹⁷⁾.

Todos estos aspectos, quedan en cierto sentido sintéticamente expresados en la tarea de "fundar" (*condere*), que para nuestro modo de ver representa uno de los rasgos más típicos y característicos de la idiosincracia romana⁽¹¹⁸⁾. En efecto, en este verbo, no sólo está vigente la expresión de "algo que se funda" (*una ciuitas*, p. ej.), sino además, la idea misma del "fundamento" de dicha acción.

excepcionales, los *auspicia* son de la competencia de la magistrador, mientras que los augures; b) en cuanto a la "eficacia", el *auspicium* la tiene limitada al *dies*, mientras que el *augurium* es más amplio y tiene eficacia ilimitada en el tiempo; y en cuanto al "objeto", los *auspicia* están referidos a actos de los magistrados mismos que interpretan los signos, mientras que los *auguria* tiene objetos diversos, pero más específicos: *certain res*, así caso de la *in-auguratio* (cfr. *ob. cit.*, pp. 68-9), pero una idea de la complejidad del problema es que prácticamente recorre *passim* lo largo de las 596 pp. de esta obra.

(114) Cfr. D'Ors, A., *Inauguratio*, cit., p. 17: "No parece ofrecer duda, por otro lado, que la raíz de *augur*, *augurium*, etc., es la misma de *augustus*, de *auctoritas*, y fundamentalmente del verbo *augeo*. Significa la idea de aumentar, de dar a algo una plenitud que no tiene por sí mismo".

(115) *Ob. cit.*, p. 18.

(116) La relación entre *auctoritas* y *potestas*, no es en el fondo sino una consecuencia del fundamental problema jurídico-político de las relaciones existentes entre la "Autoridad espiritual" y el "Poder temporal"; una buena presentación y exposición del problema dentro del ámbito tradicional, en Guénon, R., *Autorité spirituelle et Pouvoir temporel*, París, Ed. Vega, 1964.

(117) Ver al respecto, Voci, Pasquale, *Per la definizione dell'imperium* (pp. 65 y ss.; en *Studi in memoria di E. Albertario*, t. II); y Di Francisci, Pietro, *Intorno alla natura e alla storia dell'auspicium imperiumque*, también en los mismos *Studi*, t. I, pp. 397 y ss.

(118) Cfr. mi *Iustissima tellus*, cit.

3. Ejemplos del vínculo entre "ius" y "fas"

Establecida la cuestión de este modo, vemos en consecuencia como la relación existente entre "auguria"- "potestas", por un lado; o entre "auspicia"- "imperium" por el otro, funcionan exactamente dentro del mismo esquema operacional que la relación que habíamos establecido entre "fas" y "ius".

De allí, en consecuencia, que si pasamos una rápida revista a las "instituciones" del "ius ciuile", nos vamos a encontrar siempre con que detrás de cada una de ellas está presente la "apoyatura". Así, la familia romana, sólo se puede explicar, en sus múltiples facetas, por la existencia de los "sacra privata" —es decir, el complicado ritual de reverenciar los dioses Manes— tal como lo ha analizado minuciosamente Fustel de Coulanges en su ya tradicional obra. Estos *sacra privata* representan el "fundamento", el "apoyo" por medio del cual se puede inteligir la estructura de la familia, comenzando por el vínculo de parentesco, que como sabemos es la *agnatio*, que resulta en principio "artificial", pero que tiene prevalencia respecto del propio vínculo de la sangre —la *cognatio*—. Por ello es que la entrada o salida de miembros respecto de una familia, están siempre respaldados con actos de "apoyatura" religiosa. Así, la *emancipatio* de un "filius" exige la *detestatio sacrorum*, y la entrada de otro *paterfamilias* —caso de la *adrogatio*— torna necesario lograr ese "fundamento" en la convocatoria de los *comitia calata*, es decir, aquellos presididos por un *pontifex* o por el *rex sacrorum*⁽¹¹⁹⁾; tras las *potestates* del *paterfamilias* —comenzando por la *patria potestas*— encontramos igualmente el "fundamento" y el "apoyo" de los *sacra privata*, y los límites que tienen las mismas están asentados en reglas religiosas⁽¹²⁰⁾. Igualmente, es por ese "fundamento" que se explica la *proprietas*, con su sentido claramente familiar⁽¹²¹⁾, y por ende el derecho sucesorio, punto en el cual los *sacra* representaban uno de los puntos fundamentales⁽¹²²⁾; todo el sistema "ab intestato" de la ley de las XII Tablas también encuentra su "fundamento" en el vínculo "agnaticio" y, en consecuencia, en los *sacra privata*. De este modo resulta congruente que si alguien pretendía hacer una excepción voluntaria —eso sería el testamento— era necesario también conseguir el "fundamento" y "apoyo" de los *comitia calata*⁽¹²³⁾.

Si pasamos al terreno de los negocios, nos encontramos con los actos rituales para la adquisición de poder. En muchos de ellos hallamos una vinculación con la "manus". Así, la mano es un símbolo de poder que se manifiesta ya para denominar la "potestas" que el *uir* tiene sobre la *uxor*⁽¹²⁴⁾, ya para manifestar el poder que se tiene procesalmente sobre una cosa —caso de la

(119) Cfr. Gayo, I, 99; Aulo Gell., XV, 27. Estos *comitia* sólo se reunían dos veces por año, el 24 de marzo y el 24 de mayo, que eran los únicos días que en el antiguo calendario estaban designados por la sigla: "Q.R.C.F." —"Quando rex comitiavit fas"— expresión en la cual reaparece nuevamente remarcado el vocablo que tratamos.

(120) Cfr. Gioffredi, C., *ob. cit.*, pp. 202 y ss. (ver nota 9); así, un caso es el de la *verberatio parentis* —castigos corporales al *filius*—: cfr. Fest., 260 (L.), "plorare": *in Servi Tullii (legibus) haec est "si parentem puer verberit, ast olle plorassit, puer diuis parentum sacer esto"*; o respecto del "fraude" respecto del cliente: Serv., *ad Aen.*, 6, 600: (*lex XII tab.*)... *in quibus sic scriptum est "patronus si clienti fraudem fecerit sacer esto"* (*XII Tab.*, VIII, 21).

(121) Cfr. Coulanges, F. de, *ob. cit.*, lib. II, cap. VI.

(122) Ver Gioffredi, C., *ob. cit.*, pp. 231 y ss.; Ver Cicer., *de leg.*, II, XIX, 48 y ss.

(123) Cfr. Gayo, II, 101 (ver notas 92, 93 y 94, ed. crítica citada).

(124) Cfr. Gayo, I, pp. 108 y ss.

uindicatio⁽¹²⁵⁾— o el que se tiene en el procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio*⁽¹²⁶⁾. Y más genéricamente para la adquisición de poder respecto de una cosa o de una persona —caso de la *mancipatio*⁽¹²⁷⁾; caso del *mancipium*⁽¹²⁸⁾— o por el contrario para significar, en forma negativa el abandono de la *dominica potestas sobre el esclavo manumissio*⁽¹²⁹⁾. En estos casos, analizando los vocablos, nos encontramos con que en el primero *mancipatio* = *manus - apere*, del verbo *capio* (tomar, asir); y en el segundo *manumissio* = *manus - mittere*, del verbo *mitto* (dejar, abandonar). En cierto sentido, esta intervención de la mano podría significar, para algunos, la interpretación materialista de un “mediocre mimetismo” que reproduciría el acto de la conquista bélica, propia de un estadio pre-jurídico, en el cual la adquisición se habría realizado mediante la aprehensión física (cuasi bélica) de la cosa. Pero creemos que pensar así —convirtiendo a la *manus* en el ejercicio brutal de la fuerza física— no concuerda en absoluto con la mentalidad ritual de los romanos. No se trata aquí de interpretar la *manus* como el poder de sometimiento dirigido respecto de la *uxor*⁽¹³⁰⁾, ni tampoco hablar de la *manus iniectio* como el poder brutal del acreedor respecto del “iudicatus”⁽¹³¹⁾, ni tampoco establecer la relación en esos términos cuando estamos en presencia de la *mancipatio* o de la *manumissio*. En otras palabras más que hablar de la “uis cruenta”, aquí se trata del poder de sometimiento que emerge directamente de la fuerza del rito, de la “uis festucaria”⁽¹³²⁾. Por lo tanto, la acepción verdadera del *mancipium* se vería más bien enlazada con el “capere” ritual en materia religiosa, tal como sucede en los casos del “capere” del *flamen Dialis*⁽¹³³⁾ y en el de las Vestales⁽¹³⁴⁾.

A su vez, un poder ritual más específico le era dado a la mano derecha, la cual es calificada de *dextra potens*⁽¹³⁵⁾, *dextra gravis*⁽¹³⁶⁾, y que según la tra-

(125) Así, en la *uindicatio* del *sacramentum* (Gayo, IV, 16; ed. crítica cit., ver nota 16).

(126) Cfr. Gayo, IV, p. 21.

(127) Cfr. Gayo, I, p. 119.

(128) Cfr. Gayo, I, pp. 116 y ss.

(129) Cfr. *Insts.*, I, 5, pr. (ver en Gayo, *Insts.*, ed. crít. cit., I, nota 15).

(130) La configuración de la *manus* como la expresión de la fuerza material del marido sobre la mujer, no se concilia con la circunstancia de que hay matrimonios (*iustae nuptiae*) en los cuales no existe esta *potestas* (Aul. Gell., 18, 6; Tac., *Ann.*, IV, 16; Cicer., *Top.*, 14). Por otra parte, la mujer *in manu* gozó de una gran consideración, dándosele la calidad de *materfamilias* (ver Coulanges, *Fustel de*, lib. II, cap. VIII; Bonfante, *Corso*, I, pp. 38-41).

(131) El procedimiento de la *manus iniectio* significa más la realización de un ritual procesal que el ejercicio de la mera fuerza, que de este modo sólo hubiera sido practicable por personas robustas contra los más débiles (cfr. Noailles, P., *Fas et Jus*, pp. 147 y ss.; *Du Droit sacré*..., pp. 109 y ss.; Lévy-Bruhl, H. *Recherches*..., pp. 278 y ss.).

(132) La distinción entre la *uis bellica et cruenta* y la *uis festucaria* (es decir, la nacida del rito) se ve clara en la cita que Aulo Gellio hace de Ennio: “*Ennio significare volens, ait non ut ad praetorem solitum est agi legitimis actionibus, neque ex iure manum consertum sed bello ferroque et vera vi atque solida; quod videtur dixisse, conferens vim illam civilem et festucariam quae verbo deceretur non quae manu ferit cum vi bellica et cruenta*”; ver sobre esto, Noailles, P., locs., cits. nota anterior.

(133) Aulo Gell., I, 12, 15; Tit. Liv., 27, 8, 5. Respecto del poder “mágico” de este rito, ver Hägerström, *Der röm. Obligationsbegriff*, I, 1927, pp. 31-41; Kaser, M., *Das altröm. ius*, pp. 321 y ss.; pp. 325 y ss.; Noailles, *Fas et Jus*, p. 46; 61 y ss.; 84; 87 y ss.; 254 y ss.

(134) El ritual ya lo vimos anteriormente; Aul. Gell., I, 12, 1-4; Gayo, I, 30; Ulp., 10, 5; Tac., *Ann.*, 2, 86; 4, 16; 15, 22; Suet., *Aug.*, 31.

(135) Virg., *Aen.*, VII, 234.

(136) Val. Flacc., IV, 311.

dición que arranca de los tiempos del *rex* Numa Pompilio era el asiento de la diosa *Fides*⁽¹³⁷⁾, la cual aparece ligada a todos los actos que significan un ligamen, una situación jurídica de sujeción, una “ob-ligatio”⁽¹³⁸⁾. Así, en el acto de “promittere dextram” a otra persona que aferra esa mano con la derecha suya, es fuente de un vínculo, por cuanto el mismo es un rito que proyecta la vivencia de un numen, el *numen Fidei*⁽¹³⁹⁾.

La importancia del rito de la “fides” debía ser primordial en forma correlativa a la “nuncupatio” en la celebración del “nexus”⁽¹⁴⁰⁾. En efecto, la vinculación obligacional nace precisamente del cumplimiento del rito nuncupativo, en el cual *Fides* hace sentir sus efectos y esto llega hasta tal punto que no basta con que el “nexus” pague la deuda a la cual se obligó para quedar des-ligado, sino que era necesario la realización de un acto ritualmente contrario para que ello ocurriera, el cual era la *solutio per aes et libram*⁽¹⁴¹⁾. La vinculación de este negocio con la “fides” se puede ver clara en la mención que hace Tito Livio cuando narra las circunstancias en que surgió la ley Poetelia Papiria que puso fin a los efectos del *nexus*: “Ese día —dice el historiador romano— fue vencido por el atentado y el abuso de uno solo el formidable vínculo de la “fides” (*ingens uincudum fidei*)⁽¹⁴²⁾.

(137) Tit. Liv., I, 21; 29, 4; 9, 12; Virg., *Aen.*, IV, 314; Plut., *Numa*, 16; Dion. Halic., II, 75; Serv., *ad Aen.*, III, 607; Plin., *nat. hist.*, 11, 45; Ovidio, *Metam.*, 10, 511; Val. Max., 6, 6 pr.; Terenc., *Andr.*, 1, 5, 45; Plauto, *Amph.*, 3, 2, 43; Isid., *Orig.*, 11, 1, 67. Ver Hertz, R., *Préeminence de la main droite*, en *Mélanges d'hist. des relig.*, pp. 99 y ss.

(138) La obligación estuvo en sus comienzos netamente vinculada a la esfera de lo sagrado. Así, el célebre párrafo de Cicerón (*de offic.*, III, 3, 31) al cual hacemos luego referencia en el texto. Monier, R., *Manuel* (II, N° 8, p. 14) destaca que si bien no hay que entender por ello que el juramento haya sido un modo genérico de crear obligaciones civiles, sino más bien un ritual anterior al vínculo jurídico propiamente dicho, hay que recalcar en el párrafo de Cicerón la proximidad del “*uinculum ad adstringendam fidem*” y la definición de Justiniano de la *obligatio*: “*vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*” (*Insts.*, 3, 13, pr.). También en las obras de teatro de Plauto (*Trucul.*, V, 64; II, 1, 4-5; *Bacch.*, IV, 4, 96; *Men.*, 3, 4-5), la palabra *obligare* está empleada en el sentido de vínculo mágico o religioso. Lo mismo sucede en Tit. Liv. (9, 8, 6; 3, 20, 5; 5, 23, 8 y 9) y en Cicerón (*Pro Balbo*, 15, 34). En forma correlativa una cosa consagrada a los dioses era “*religione obligata*” (Cicer., *de domo sua*, 40, 105; 47, 124; *de leg.*, 2, 23, 58).

(139) Cfr. Danz, *Sakralschutz im röm. Rechtsverk.*, p. 136. Aparece también como atributo de *Samo Sancus Dius Fidius*, divinidad introducida según la tradición por Tito Tazio (cfr. Varro, *de ling. lat.*, 5, 66; Ovid., *Fast.*, 6, 213), el cual aparece vinculado a *Vediove* y a *Iuppiter Iuriarius* (ver Gioffredi, C., *ob. cit.*, p. 23, nota 68; De Francisci, P., *Primordia civitatis*, p. 321; Dumézil, G., *La relig. rom. arch.*, pp. 184-5; 201-3).

(140) Resulta interesante la relación entre “nexus” y “mutuum”. Así, para Dumézil, G., *Mitra-Varuna* (París, Gallimard, 1948, pp. 113 y ss.) el *nexus* supondría para ejercerse la coexistencia de hombres libres pero de niveles muy diferentes, en cuanto a su fortuna y su prestigio, mientras que el *mutuum* se ejercería entre iguales (“entre amis”, dice Monier, II, 21). Por el *nexus* un humilis se ligaría a un *potens* aceptaría dinero contra una servidumbre, porque ninguna forma más equilibrada de cambio es concebible entre ellos; por el *mutuum*, un *aequalis* rendiría a un *aequalis* un servicio gratuito, o con carga —teóricamente libre— de devolución.

(141) Cfr. Gayo, III, 173-75 (ver notas ed. crít.); cfr. Lemosse, M., *L'aspect primitif de la fides*, en *Studi Di Francisci*, pp. 41 y ss., sobre todo p. 46, n. 1. La regla era que para deshacer un negocio había que realizar un acto ritual opuesto; esto lo dice el mismo Gayo en el libro I de sus *Regulae* (Dig., 50, 17, 100): “*Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt*”.

(142) Tit. Liv., VIII, 28. Sobre esto, Dumézil, G., *Mitra-Varuna*, pp. 123-24; Pignaniol, *Venire in fidem*, RIDA V, 1950; id., *Mélanges F. De Visscher*, IV, 346, n. 24; Imbert, *Studi Arangio-Ruiz*, I, 339-363; Lemosse, *ob. cit.*, p. 45.

Se la ve también intervenir en la *sponsio*⁽¹⁴³⁾, que es una figura contractual fuente de obligaciones que está inmersa en este plano de explicación del “fundamento”. Así, tiene la característica de que sólo puede ser utilizada por los ciudadanos Romanos⁽¹⁴⁴⁾, lo que resalta el particular sentido que tenía este contrato. Según Festus⁽¹⁴⁵⁾ citando a Verrius Flaccus, esta palabra *sponsio* deriva etimológicamente del griego σπονδή (para otros, de σπένδω) proveniente a su vez de la raíz sánscrita “spand” (para otros, “skand”), significando una libación ritual, que consistía en el acto de verter una copa de vino ante el altar de Hércules⁽¹⁴⁶⁾ la cual solía efectuarse con antelación a la obligación, que tenía en consecuencia valor de fórmula juramentada, tras lo cual solía usarse el “fide promittere dextram”. Se ve, pues aquí bien elocuentemente expresado como el rito religioso es el “apoyo” o “fundamento” del rito jurídico.

Incluso, con el tiempo, esta forma contractual de la *sponsio* fue derivando en otra, menos ritual, y propia para ser utilizada por extranjeros, que era la *stipulatio*⁽¹⁴⁷⁾. Y en este contrato también se usaba el acto de “fide promittere dextram”, usándose igualmente el rito de romper el “stips” (brizna de hierba) —allí deriva el nombre del contrato— en señal de que el acto había quedado realizado⁽¹⁴⁸⁾. Igualmente, en una de las múltiples formas en que se podían efectuar la pregunta y la respuesta y la respuesta congruentes de la “stipulatio”, el que actuaba como acreedor preguntaba: “*Fidepromittes?*” (Te comprometes en virtud de la *fides?*) a lo cual contestaba el deudor: “*Fidepromitto*” (Me comprometo por la *fides*)⁽¹⁴⁹⁾.

(143) Cfr. Gayo, III, 93. La *sponsio* interviene: a) como elemento esencial del *votum*, el cual ocurre como relación entre el hombre y la divinidad (*voti sponsio qua obligamur deo*. Cicer., de leg., II, 16, 41), por medio de un vínculo tal que lo dejaba al participante bajo la discrecionalidad divina salvo que se cumpliera la promesa; ver Dig., 50, 12, 2, pr.; b) en las relaciones internacionales, celebradas por los jefes del ejército, comprometiéndose por ej. a la paz, tal como ocurrió con la *sponsio* celebrada con los Samnitas, luego del episodio de las Horcas Caudinas (Tit. Liv., IX, 5, 11). Ver sobre esto Gayo, III, 94; De Visscher, *L'affaire des Fourches Caudines et la deditio du droit des gens*, St. Riccobono, II, p. 2; Lévy, H.-Bruhl, *La “sponsio” des Fourches Caudines*, en *Nouvelles Études sur le très ancien droit romain*, París, 1947, pp. 116 y ss.; c) en los *sponsalia*, es decir, el compromiso de futuras nupcias (cfr. Festus, vº *spondere*; Varro, de ling lat., VI, 70; Aul. Gell., IV, 4, 2).

(144) Gayo, III, 93: “*propria ciuium Romanorum*”; para una explicación congruente con lo aquí explicado, ver mi *Verbum Iuris*, cit.

(145) Festus, vº *spondere*: “*Verrino putat dictum quod sponte sua, id est voluntate, promittatur. Deinde oblitus inferire capite sponsum et sponsam ex Graeco dicta ait quod i. σπονδας interpositis rebus diuinis faciant*”; cfr. Ernout, E. et Meillet, E., *Dict. Étym.*, vº *spondeo*.

(146) Se realiza el sacrificio por un sacerdote que vierte sobre la víctima (*hostia*) harina tostada y sal (*mola*) —cfr. Festus, 124, 13: “*mola etiam vocatur far tostum et sale sparsum quod es molito hostiae aspergantur*”; id., Serv. ad Aen., IV-17; de allí viene el verbo *inmolare*. El sacerdote tomaba entonces una copa de vino (*simpuium*) y después de haber bebido algo y dado a los presentes, lo vertía sobre la cabeza de la víctima (Fest., 455, 14).

(147) Gayo, III, 92 y ss.

(148) Ernout, E. et Meillet, *Dict. Étym.*, vº *stipulor* refiere que como el uso de romper una paja en signo de promesa existía ya en los antiguos (Isid., *Orig.*, 5, 24, 30) se ha explicado *stipulor* por *stipula* (paja); el *sagmen* o hierba sagrada, en la escena entre Tullus Hostilius y el feecial (Tit. Liv., I, 24, 4) —ya analizada por nosotros— sería un resto de este simbolismo; v. Nencioni, G., *Lessico giuridico latino e tradizione medit.*, en Ann. d. R. Sc. Super. di Pisa. S. II, IX, 1940, pp. 12 y ss. con las notas, haciendo la salvedad de las restricciones de Girard, *Manuel*, 2e. ed., p. 472, n. 5.

(149) Gayo, III, 92.

De este modo, los negocios jurídicos obligacionales no funcionaban como “puramente humanos”, sino que en todos los casos se buscaba la “apoyatura metafísica”, tal como se desprende del muy recordado pasaje de Cicerón (*de offic.*, III, 31, 111), en el cual nos refiere como era uno de los rasgos más típicos y característicos del hombre romano antiguo que para quedar constreñidos por la *fides* existiera el *iusiurandum* (juramento) —en el cual la idea de cumplimiento resultaba sagrada—⁽¹⁵⁰⁾.

De este modo, luego de todo el camino recorrido, podemos ver como la expresión “*ius fasque est*” —de viejo cuño jurídico— tiene una significación vinculante, es decir relaciona al “*ius*” con el “*fas*”. El primero es la “institución” —humana— que no está, sin embargo funcionando aislada de su “fundamento”. Este es el “*fas*”, que “sostiene”, “apoya” al “*ius*”, proporcionándole la base “cósmico-divina” que torna “lícito” su actuar y funcionamiento.

ALFREDO DI PIETRO

⁽¹⁵⁰⁾ “*Nullum enim vinculum ad astringendam fidem iureiurando maiores actus esse voluerunt. Id indicant leges in duodecim tabulis, indicant sacratae, indicant foedera, quibus etiam cum hoste devincitur fides, indicant notiones animadversionesque censorum, qui nulla de re diligentius quam de iureiurando iudicabant... Tantum temporibus illis iuriurandum valebat*” (Nuestros antepasados querían que no hubiera vínculo más sólido que el juramento para obligarse por la *fides*: es lo que muestran las leyes contenidas en las XII Tablas, las leyes llamadas sagradas, los tratados que obligan nuestra palabra aún hacia el enemigo, la jurisprudencia de los censores y las penas infligidas por ellos; pues no hay nada en lo que pusieran más cuidado que en el respeto de los juramentos). Ver *supra*, nota 138.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL A LA LUZ DEL IUSNATURALISMO CLASICO

I. EL DERECHO NATURAL INMANENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

II. CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

A) Los casos iusprivatistas multinacionales:

- 1) Localización multinacional de los casos.
- 2) Casos multinacionales totales y casos multinacionales parciales.
- 3) Proyecciones virtuales de la clasificación propuesta.
- 4) Actualidad o eventualidad de los casos.
- 5) La incidencia de intereses generales en los casos "iusprivatistas" multinacionales.

B) El fin y los principios.

C) Las normas y sus métodos:

- 1) La norma de conflicto y sus fundamentos metodológicos:
 - a) Métodos de elección justa.
 - b) Rigidez o flexibilidad de la elección. De la sede ("Sitz") a la relación más significativa ("the most significant relationship").
 - c) Neutralidad o preferencia de la elección.
 - d) Adaptación material de los derechos elegidos.
 - e) Método de análisis y de comparación en la norma de conflicto.
- 2) La norma material y sus fundamentos metodológicos:
 - a) Método de creación.
 - b) Método de análisis y de comparación en la norma material.

- 3) La norma de policía y sus fundamentos metodológicos:
 - a) Método de autolimitación.
 - b) Método de análisis y de comparación en la norma de policía.

III. EL SISTEMA NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

- A) Concurrencia de normas:
 - 1) Consideración general.
 - 2) Concurrencia de normas de conflicto.
 - 3) Concurrencia de normas de conflicto y de policía.
 - 4) Desplazamiento de normas de conflicto por normas de policía.
 - 5) Concurrencia de normas materiales y de conflicto.
 - 6) Concurrencia de normas de policía, materiales y de conflicto.
- B) Carencia de normas:
 - 1) Causas de carencia.
 - 2) Elaboración de normas.

IV. AMBITOS JURISDICCIONALES.

- A) Jurisdicción internacional argentina y reconocimiento o ejecución de sentencias o actos del Estado argentino en el extranjero.
- B) Jurisdicción internacional extranjera y reconocimiento o ejecución de sentencias o actos de Estados extranjeros en la Argentina.
- C) La solución de los casos en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL A LA LUZ DEL IUSNATURALISMO CLASICO

I

EL DERECHO NATURAL INMANENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El dictamen de la *sindéresis* jurídica impone, como primer principio práctico, la realización de la justicia en los casos *iusprivatistas* multinacionales.

Mas no basta querer la justicia. Además, hay que saber obrarla y esto requiere el prudente conocimiento de la objetiva realidad en la cual se quiere hacer reinar la justicia. "Lo primero que se pide al que obra es que sepa"⁽¹⁾. Es necesario el conocimiento de los principios que la prudencia aplicará a los casos, siguiendo métodos, estableciendo normas y adoptando decisiones.

En tal orden de ideas, indagaremos los fines del derecho internacional privado considerando implícitamente sus principios, pues en el orden práctico los fines hacen oficio de principios. Trataremos de ceñirnos a los principios más próximos a la materia.

Pero la consecución de los fines exigirá el establecimiento de normas basadas en métodos conducentes. Así expondremos esas normas y sus fundamentos metodológicos.

Ahora bien, para obrar en verdad las soluciones justas de los casos, dichas normas deberán funcionar, esto es, deberán ser interpretadas, determinadas o elaboradas y, finalmente, aplicadas a la realidad operable de las controversias.

Tal aplicación supondrá decisiones prudenciales cuya realización requerirá, al menos, considerar las probabilidades decisorias en una jurisdicción estatal o en varias jurisdicciones estatales simultánea o sucesivamente competentes, y también, no cabe negarlo, la probabilidad de una decisión adoptada por una jurisdicción internacional.

Las diversas clases de normas integrarán nuestro sistema normativo. Estudiaremos el funcionamiento de este sistema estableciendo un orden de concurrencia de las diversas normas y un método de integración del sistema para los supuestos de carencia de norma aplicable a un caso dado.

Intentaremos permanentemente poner de relieve el *derecho natural inmanente al derecho internacional privado positivo*. No sólo porque el acto legislativo debe inspirarse en los principios primeros y próximos sino también la celebración de convenios internacionales ha de guiarse por ellos. El derecho no puede prescindir de la prudencia legislativa. Por tanto, el legislador no se halla enteramente libre en el establecimiento de las normas positivas. El también ha de mostrar docilidad a los principios y a la ciencia jurídica.

El legislador humano no es el amo del derecho. Cabe, pues, poner de realce la presencia del derecho natural en la interpretación, determinación, elaboración y aplicación de las normas legales y convencionales del derecho internacional privado.

Esta preocupación tiene su origen en un estudio nuestro, inédito, sobre el Derecho Natural inmanente al Derecho Internacional Privado que presentáramos como monografía para el seminario filosófico y teológico del curso de doctorado en la Universidad Católica Argentina en el año 1975.

Procurando atenerme al ejercicio personal de la razón práctica vinculada a la "objetividad", he intentado seguir fielmente la filosofía del realismo jurídico "porque la medida y la regla de la virtud intelectual no es otro género distinto de virtud, sino la realidad misma"⁽²⁾. *Ipsa res*. Lo justo lo determina la prudencia, pero lo prudente lo determina la "cosa misma"⁽³⁾. Y como el

(1) Santo Tomás, *Quaestio disputata de virtutibus cardinalibus*.

(2) Santo Tomás, *Suma Teológica* I, II, 64, 3 ad. 2.

(3) Pieper, *El descubrimiento de la realidad*, Madrid, Rialp, 1974, p. 100. La realidad es también la última instancia inmanente a la que recurre la elección voluntaria libremente adoptada por el hombre en el mundo para justificarse, v. Pieper, op. cit. loc.

derecho internacional privado persigue instaurar un orden justo en la realidad de los casos iusprivatistas multinacionales, nada es más adecuado a la prudencia jurídica que comenzar por el conocimiento preciso y objetivo de la realidad de aquellos casos⁽⁴⁾.

II

CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A) *Los casos iusprivatistas multinacionales*

1) *Localización multinacional de los casos*

El caso concreto se presenta como un conjunto de hechos productores de una situación que requiere o reclama en justicia la realización de conductas encaminadas a solucionar tal situación. El caso vinculado al derecho privado, iusprivatista, puede presentar hechos, situaciones, objetos, conductas relacionadas con varios estados, cuyos sistemas jurídicos resulten diversos. El caso iusprivatista aparece entonces ligado a varios sistemas jurídicos nacionales por lo que puede, en este sentido, llamarse multinacional; suscitando un problema de derecho multinacional privado. La extranjería de alguno o varios elementos del caso, lo relacionan con una pluralidad de sistemas jurídicos estatales. La problemática planteada por estos casos es complejísima y su complejidad no puede soslayarse porque ello sería traicionar su realidad. Y cuando esta realidad es traicionada por cualquier "teoría simplificadora", se toma venganza, pues entonces se cierran los caminos de las justas soluciones. El legislador, el juez, el asesor queda preso por inadvertencia de los sutiles matices de la problemática; y como a ellos también, en su obrar, lo primero que se le pide es que sepan, se les puede igualmente reprochar la insuficiencia de estudio y la prescindencia de consejo. Aunque eso sea obvio en cualquier problema jurídico no parece del todo innecesario destacarlo en esta materia.

2) *Casos multinacionales totales y casos multinacionales parciales*

Ahora bien puede distinguirse en los casos iusprivatistas multinacionales dos dimensiones de su multinacionalidad. Una dimensión atiende a la multinacionalidad de la *situación problemática* del caso, vinculada a varios sistemas jurídicos. Otra alude a la multinacionalidad de las *conductas exigidas para su solución*, que también puede preverse vinculadas a varios sistemas. Por tanto un caso puede ser multinacional en ambas dimensiones o sólo en la primera, pues si no se da una situación problemática multinacional, no será menester una solución de igual índole.

Consiguientemente, a fin de ubicar un caso por su relación con un sistema jurídico nacional parece prudente no sólo la localización de los hechos problemáticos del caso, sino también la ubicación de las conductas exigidas para su solución. La localización de las conductas que solucionan los casos podría obrar la localización del caso entero.

cit. Hemos seguido especialmente a este autor en sus obras *Justicia y fortaleza*, Madrid, Rialp, 1968 y *Prudencia y Templanza*, Madrid, Rialp, 1969.

(4) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. pp. 1 y ss.

En otras palabras: hay dos preguntas que formular a fin de una realista localización de los casos. Una es: ¿dónde han ocurrido los hechos problemáticos? Otra es: ¿dónde tendrán que acontecer las conductas de solución?

Ambas nos hacen advertir que, prudentemente, no puede examinarse el caso tan sólo en su dimensión temporal pasada, sino también en su proyecto de solución futura. Tal análisis puede conducir a diversas perspectivas de localización espaciales. El caso real presenta siempre un despliegue temporal en el que tanto aparecen los hechos pétreos del pasado que originan el problema, cuanto las plásticas posibilidades de conductas que hayan de seguirse para solucionarlo. Hay que seguir el desarrollo espacial del caso a través de su historia total.

Lo expuesto me parece venir exigido por la misma prudencia jurídica que impone fidelidad a lo real de los hechos ("memoria"), flexibilidad para captar situaciones problemáticas nuevas ("solertia") incluyendo su dimensión ordinativa, que orienta la mirada hacia lo que aún no existe y estudia las conductas concretas por cuyo medio se realizará el fin de la solución justa del caso ("providentia"), (cfr. Josef Pieper, *Prudencia y templanza*, Rialp, especialmente pp. 51 a 74).

Nuevamente se observa la primera distinción entre casos multinacionales que requieren una solución hacedera mediante el cumplimiento de conductas en un territorio nacional y casos que reclaman una solución por vía de conducta a cumplirse multinacionalmente.

Por lo cual propíciase la siguiente clasificación de los casos.

Hay casos multinacionales totales y casos multinacionales parciales. En los primeros tanto la situación problemática del caso cuanto su solución real se hallan vinculadas a varios sistemas jurídicos nacionales. En los segundos sólo la situación problemática es multinacional, vinculada a múltiples sistemas jurídicos nacionales, pero su solución real, en cambio, es hacedera en el ámbito de un solo sistema jurídico nacional, y sólo a éste se vincula.

Los ejemplos de la vida internacional de las personas son elocuentes. Supóngase un extranjero, domiciliado en el exterior, que es dueño de un cuantioso patrimonio multinacionalmente radicado, y hacia el fin de su vida decidiera domiciliarse en el país y radicase todos sus bienes aquí. Si fallece dejando sus herederos domiciliados en el extranjero, la sucesión *mortis causae* será parcialmente multinacional, pues la trasmisión de la herencia podrá cumplirse íntegramente en el territorio nacional, donde se sitúa todo el patrimonio relicto. ¡Qué distinta es la situación de una herencia totalmente multinacional cuyos herederos y bienes se domicilian y sitúan en los lugares más variados del mundo! La solución de este caso reclama conductas a cumplirse en cada sistema jurídico nacional de radicación de bienes.

¿Podrá tal distingo dejar de traer consecuencias prácticas concernientes a las vías de solución que puedan seguirse para hacer justicia en los diferentes tipos de casos multinacionales?

Los casos multinacionales totales no se identifican con los casos absolutamente internacionales que concibió Jitta, pues en éstos lo multinacional puede también circunscribirse a la situación problemática del caso sin que su solución deba ser multinacional. Un caso absolutamente internacional (Jitta) puede ser parcialmente multinacional en el sentido antes expuesto. La sucesión de herederos domiciliados en el extranjero de un patrimonio íntegramente radica-

do en el país presenta un caso cuya situación problemática es multinacional, aunque su solución es operable nacionalmente (caso parcialmente multinacional). Sin embargo, el caso, desde su origen (muerte del causante), se vincula con una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales (caso absolutamente internacional).

El caso parcialmente multinacional puede tener solución nacional total. El caso totalmente multinacional puede tener solución nacional parcial. En el primero la solución del sistema jurídico nacional es autosuficiente. En el segundo la solución nacional es insuficiente. Una solución nacional es autosuficiente cuando puede hacerse efectiva plenamente. Es insuficiente cuando sólo puede hacerse efectiva parcialmente. Las soluciones nacionales que no pueden hacerse efectivas siquiera parcialmente no son soluciones, sino, a lo sumo, declaraciones abstractas que proyectan soluciones.

La clasificación propuesta tiene también otra implicancia, relacionada con los casos multinacionales totales. Existen casos de esta naturaleza que no requieren una solución multinacional mediante *la ejecución* de conductas impuestas por una sentencia de condena; sin embargo se requiere que una solución sea *reconocida* al menos en diversos sistemas jurídicos. No se trata ya de prevenir el fraccionamiento de una herencia multinacionalmente localizada, ni de posibilitar el cumplimiento de un pago que requiera enjugarse con la realización de bienes situados en distintos territorios jurídicos. Sino simplemente de obtener que determinada situación jurídica sea reconocida de modo uniforme en varios sistemas. Así, puede resultar necesario que la validez de un matrimonio, de una adopción, de una fusión societaria se reconozcan multinacionalmente, a fin de prevenir matrimonios, adopciones o fusiones internacionalmente claudicantes, esto es, válidos en un país e inválidos en otro. Aún señalando la diferencia de matiz, se mantiene el criterio divisorio en su plenitud, pues el reconocimiento aludido también supone una *conducta* de respeto y sumisión a la situación jurídica declarada o constituida, en modo que pueda silenciarse a quien se jacte en su contra o la impugne.

3) *Proyecciones virtuales de la clasificación propuesta*

Esta clasificación, en cuanto atiende a las probabilidades multinacionales de *solución* del caso, se relaciona con la cuestión atinente a la jurisdicción internacional de los estados a los cuales se vincula la probable solución. Los casos multinacionales parciales pueden solucionarse en el ámbito de una jurisdicción estatal. Pero los totales requerirán una coordinación de jurisdicciones estatales para su solución. Tal coordinación se pone de manifiesto fundamentalmente en el problema del reconocimiento o ejecución de sentencias extranjeras y en las exigencias del auxilio judicial internacional.

Advierto que en los casos multinacionales totales, la determinación del o de los Estados cuyos jueces asuman jurisdicción internacional se hace importantísima. De ahí que el caso requiera la previa elucidación del Estado con jurisdicción internacional. Recién luego surge el problema de la determinación de la solución sustancial del caso en virtud del derecho aplicable. Además, ulteriormente habrá que indagar el reconocimiento multinacional y, en su caso, la ejecución, de la solución adoptada en una jurisdicción nacional. En estos casos, tanto el desarrollo del proceso de solución, cuanto las cautelas que durante su curso se adopten, podrán requerir el auxilio judicial en extrañas jurisdicciones.

Baste con lo expuesto sobre el tema en este lugar. Desde otra perspectiva volveremos al mismo.

4) *Actualidad o eventualidad de los casos*

Siendo el caso una controversia actual o eventual, su problemática, como enseña Goldschmidt, “surge ya si la controversia es eventual”⁽⁵⁾. Hay que agregar que aún cuando la controversia sea extrajudicial, las partes no podrían prudentemente prescindir de la probable decisión judicial a su respecto. Es verdad que el derecho resulta aplicado en mayor medida por los abogados en sus estudios que por los jueces, al menos en algunos países⁽⁶⁾. Ciertamente el derecho no sólo se halla en las decisiones de los litigios judiciales. Empero, aún los asesores jurídicos preocupados por prevenir controversias, deben considerar la posibilidad de conflictos. Consiguientemente, ante una eventual controversia iusprivatista multinacional la determinación de la hipotética “lex fori” es decisiva para ubicar el caso en el ámbito de una o varias jurisdicciones estatales. A fin de prever la hipotética decisión judicial, será menester previamente determinar la jurisdicción internacional de los posibles tribunales ante los que puede ser presentado el caso. Esto aún para el supuesto en que nadie quiera actualmente llevar el asunto a la decisión de un tribunal estatal. De ahí que se haya asignado tanto una función curativa como profiláctica a las normas de conflicto y de jurisdicción internacional⁽⁷⁾.

Tales funciones en rigor son inherentes a todas las normas de derecho internacional privado que más adelante examinamos, sean de conflicto, materiales o de policía. Y sirven directamente a las previsiones de las partes interesadas. Ahora bien, lo que en este contexto destacamos es la necesidad de localizar la *eventual* controversia —y obviamente también la *actual*— en una jurisdicción estatal o en las concurrentes jurisdicciones estatales ante las cuales pudiera plantearse directamente la decisión del caso o indirectamente el reconocimiento o ejecución de tal decisión. Esto es necesario porque cada jurisdicción tiene su propio sistema de normas para resolver el fondo de los casos iusprivatistas multinacionales aún existiendo algunas normas comunes. No existe hoy una jurisdicción judicial internacional para nuestros casos. De tal carencia se deriva la necesaria intervención de tribunales nacionales. Y la necesidad de contar con hipotéticas decisiones judiciales nacionales no se excluye ni aún en los supuestos de laudos arbitrales o contratos “legislativamente inmunizados”⁽⁸⁾.

5) *La incidencia de intereses generales en los casos “iusprivatistas” multinacionales*

Cabe hoy más que nunca padecer la ilusión del siglo pasado, según la cual el derecho privado nada tendría que ver con los intereses generales, sino solo con los intereses de las personas privadas. Ello puede conducir hoy peligrosamente a considerar iuspublicistas muchos aspectos de la vida jurídica de

(5) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 1977, p. 3.

(6) Cheatham, *Conflict of Laws, Some Developments and Some-Questions*, *Arkansas Law Rev.*, 1971, 25, pp. 9, 13 y 14.

(7) Cfr. nuestro *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1978, pp. 87 y ss. y la doctrina allí citada.

(8) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, pp. 34, 45, 85 y 458-474, en donde se analiza, en algunos aspectos, la doctrina de la “inmunidad legislativa de los contratos multinacionales”.

las personas privadas influidos por intensos intereses generales. Aquí sostenemos que el derecho privado no se desentiende de regular inclusive intereses generales, desde el momento en que el legislador actúa siempre que la sociedad y su bien común se hallen comprometidos. Por tanto no cabe calificar de iuspublicistas las controversias eventualmente emergentes de la vida internacional de las personas privadas porque en tales controversias incidan, repercutan, intereses generales más o menos intensos que alteren, limiten, suspendan o de cualquier modo afecten la propia conducta debida por las partes en sus relaciones internacionales. Lo dicho vale también para el derecho privado. En el derecho internacional privado son frecuentes estas interferencias. Pero en modo alguno producen una suerte de novación del derecho privado en derecho público. Siempre existe interés social en la regulación de las relaciones privadas. Pero, según una feliz observación de Batiffol, si bajo el pretexto de cierto interés social se acude a calificaciones iuspublicistas, desaparece el derecho privado⁽⁹⁾.

B) *El fin y los principios*

El fin del derecho internacional privado es realizar las soluciones justas de los casos iusprivatistas multinacionales. Realizar las soluciones justas, no declararlas meramente. El caso tiende a su solución justa, como todas las cosas tienden a su perfección. En la justicia que pueden obrar los hombres aparece la escisión entre su esencia y existencia; al modo en que la "creatura 'es' solamente su ser en germen («in potentia»); ella «se hace» lo que es al realizarse"⁽¹⁰⁾. La realización de la justicia requiere ese llegar a ser quizá inalcanzable. La justicia, como bien del caso, tiene carácter de meta y punto final. El bien o la justicia es pues aquello hacia lo que el caso naturalmente tiende. La justicia es entonces el fin y la perfección del caso. Pero no siempre, y en nuestra materia difícilmente, este fin se alcanza. La *sindéresis* jurídica dictamina que el caso debe dirigirse hacia lo que naturalmente tiende.

En este orden de ideas, el fin del derecho internacional privado consiste en realizar la solución justa de la totalidad e integridad multinacional de los casos iusprivatistas. A tal plenitud tienden naturalmente los casos y no a su mutilación en diversas partes o aspectos nacionales. Tienden hacia *una* solución de *todo* el caso. Por ello a tal unidad de solución integral debe llegar. Sin embargo, frecuentemente sólo es asequible la solución de una parte nacional del caso o unas cuantas soluciones parciales del caso. Generalmente los casos multinacionales son decididos y regidos por autoridades nacionales de diversos países. Si no existe una coordinación y cooperación de estas autoridades nacionales, el fraccionamiento será un límite obstativo al perfeccionamiento de una solución del caso. He aquí, pues, el principio de *uniformidad* de solución del caso. La decisión ha de ser siempre la misma, cualquiera sea el país donde la sentencia se hubiese pronunciado ("ohne Unterschied, ob in diesem oder jenem Staate das Urteil gesprochen werde", *Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, vol. VIII, Berlín, 1849, p. 27, trad. francesa Guenoux, París, 1851, p. 30). Este principio fue descubierto por Savigny y se lo llama actualmente principio de armonía internacional de soluciones, de uni-

(9) Batiffol, Clunet, 1973, op. cit., p. 37.

(10) Pieper, *El descubrimiento de la realidad*, cit. p. 73.

formidad, de mínimo de conflictos, de seguridad⁽¹¹⁾. Sólo él puede efectivamente prevenir la iniquidad del "forum shopping"⁽¹²⁾ que permite a las partes especular con la elección de una jurisdicción nacional para sacar ventajas con la elección unilateral del derecho aplicable⁽¹³⁾. He aquí una justificación objetiva de la aplicación de un derecho extranjero por un tribunal nacional. Ahora bien, tal uniformidad requiere reciprocidad, pues sin recíprocos reconocimientos de decisiones y aplicaciones de derechos, no habría unidad⁽¹⁴⁾.

El principio de uniformidad de solución, en rigor, expresa también de modo implícito, el principio de integridad de solución, pues no habría una solución del caso si no fuera de la totalidad del mismo. De ahí que resulte insuficiente entender, "desde el punto de vista nacional", que la "verdadera finalidad del derecho internacional privado consiste en el logro de la justicia dentro de la comunidad nacional"⁽¹⁵⁾. Limitarse a buscar la justicia dentro de la comunidad nacional, no resulta adecuado a la realidad de los casos totalmente multinacionales tan frecuentes en la actualidad. En cuanto tales casos requieren en justicia una solución, habría que reconocer la insuficiencia señalada. Cosa distinta es determinar en qué medida es realizable la uniformidad de soluciones, en las variadas circunstancias históricas del derecho positivo. Destaco que no siempre dichas circunstancias impiden la uniformidad. Y sobre todo subrayo que muchas veces la favorecen. No cabe pues, necesariamente, adoptar una actitud pesimista o escéptica. Al menos, es dable confiar con razonable optimismo. El punto de vista internacional no es irreal⁽¹⁶⁾. El principio de uniformidad es de inspiración internacional pues se ajusta a la realidad objetiva de los casos antes estudiados. En su rigor esta realidad determina el principio de uniformidad. El principio de la solución justa en la comunidad nacional (Goldschmidt) podría considerarse suficientemente adecuado a los casos multinacionales *parciales*, ya definidos. No a los casos multinacionales *totales*. Hemos de ver luego que el advenimiento de convenios internacionales y los intereses en juego suficientemente poderosos para provocar la uniformidad convencional y consuetudinaria impiden juzgar ya que el punto de vista internacional sea irreal. Afirmamos lo contrario: en algunos asuntos, sólo el punto de vista internacional es el *real*.

Consiguientemente, el principio de *efectividad* de la solución reclama también un punto de vista internacional para garantizar la eficacia del principio

(11) Van Hecke, *Principes et methodes de solution des conflits de lois*, *Recueil des Cours*, vol. 126 1969-1, pp. 436 y ss.

(12) Kahn-Freund, *Recueil des Cours*, cit. nota 257, p. 469.

(13) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. pp. 75 y ss., p. 87 y la doctrina allí citada.

(14) Kahn-Freund, op. cit. p. 464; Maury, *Regles Générales des Conflits des Loix*, *Recueil des Cours*, vol. 57, 1936-III, p. 340, nota 3.

(15) Así lo entiende, empero, Goldschmidt, *Meditaciones acerca de la obra de Henri Batiffol, Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado*, en *Estudios Iusprivatistas Internacionales*, Rosario, 1969, p. 108.

(16) En contra: Goldschmidt, op. cit. p. 109. Hay que advertir que este estudio de Goldschmidt data de 1959, publicado por primera vez en la *Revista Jurídica de la Universidad Nacional de Tucumán*, 1959, Nº 5, pero su criterio, mantenido en 1969, parece no haber variado con la tercera edición de su *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*, 1977. En el estudio crítico a la obra de Batiffol, Goldschmidt parece emitir un juicio provisional al decir que "Batiffol no se ha atenido del todo a la naturaleza de la cosa que impone hoy por hoy un enfoque nacional de la meta del derecho internacional privado...", p. 111 con subrayado nuestro.

de uniformidad. Cualquier declaración universalista meramente nacional, sería abstracta sin una efectiva coordinación internacional. De ello se desprende, a nuestro juicio, que el principio de efectividad no debe considerarse sólo como *límite* al principio de uniformidad⁽¹⁷⁾ sino especialmente como su complemento necesario. La uniformidad efectiva. He aquí el principio, pues de no haber efectividad en la solución uniforme, ésta no sería realizada.

Empero, tampoco basta realizar efectivamente una solución uniforme. Lo decisivo es realizar una *justa* solución uniforme. Es necesario que reine la justicia en la solución sustancial del caso⁽¹⁸⁾. La exigencia parece demasiado apremiante. El ideal demasiado alto. Y en verdad es así. Se trata de alcanzar un "bonum arduum futurum" con humilde magnanimidad.

El derecho internacional privado no puede desatender dicha exigencia y ha de ponerse en camino hacia su fin.

Podría parecer que la justicia material no interviene sino excepcionalmente en el derecho internacional privado. Es en la excepción de orden público, se dice, que aparece en casos excepcionales la prevalencia del ideal de la solución materialmente justa del caso en detrimento de la localización internacionalmente justificada⁽¹⁹⁾. Pero en realidad no es así.

En primer lugar porque en algunas materias se procede a unificar directamente la solución sustancial de los casos iusprivatistas internacionales (vgr. transportes, compraventa, pagos internacionales).

En segundo lugar porque los criterios de localización a veces persiguen una finalidad de justicia material. Así, el lugar de celebración del matrimonio se elige como criterio localizador y selector del derecho aplicable a la validez de aquel con miras al "favor matrimonii" y a la legitimidad de los hijos, al "favor filiorum matrimonii"⁽²⁰⁾. El mismo principio conservatorio aparece guiando la elección del derecho aplicable a las formas testamentarias (vgr. art. 3638 cód. civ. arg.) y contractuales (art. 1181 cód. civ. arg.). Destaco el "favor negotiorum patriae" del art. 141 inc. 4º del cód. civ. arg. Generalmente la ley personal en materia de capacidad cede frente a la ley del lugar de celebración del contrato a fin de proteger el comercio local. La exigencia de que los derechos domiciliarios del adoptante y adoptado concuerden (art. 23 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940) conduce al "Magis valet certitudo quam favor adoptionis". En cambio, la elección de derechos alternativamente aplicables tiende a favorecer la validez de los actos, vgr. de la legitimación de los hijos.

En tercer lugar, puede resultar necesaria la adaptación sustancial de diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de un caso.

(17) V. art. 28 de la Ley de Introducción al Código Civil Alemán, sobre esta norma v. Makarov, *Revue crit. dr. int. pr.* 1955, p. 436; Kegel, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed. Munchen-Berlín, 1964, p. 144; también Neuhaus, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts Berlin-Tubingen*, 1962, pp. 199 y ss.; también nuestro estudio, *Nuevas Perspectivas en el Derecho Sucesorio Internacional*. Más allá de la unidad o pluralidad sucesoria a través del reenvío, en *J. A.*, t. 27-1975, p. 466, incorporado a nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. pp. 335 y ss., espec. pp. 361-363, en que propiciamos un funcionamiento del art. 3470, C. Civ. arg., análogo al art. 10 del Proyecto de Ley uniforme de Benelux, versión de 1968.

(18) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, p. 12.

(19) Van Hecke, op. cit., p. 445.

(20) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Nº 254.

Y en definitiva, aún concibiendo el orden público como cláusula de reserva en la norma de conflicto, ciertamente los principios de orden público inherentes al derecho vigente en una jurisdicción estatal siempre rigen los casos, pues aún tratándose de la aplicación de un derecho extranjero, la solución que éste asigne al caso debe respetar aquellos principios, siempre será necesaria la comparación material⁽²¹⁾, entre la solución proyectada por el derecho aplicable y los principios de orden público. Tal comparación no es excepcional sino, precisamente normal. Lo excepcional será la exclusión de la solución extranjera por contradecir los principios de orden público. Dicha exclusión del derecho extranjero normalmente competente y su sustitución por el derecho propio excepcionalmente competente es lo que caracteriza la índole excepcional de la cláusula. Es decir que los principios *siempre funcionan* controlando, críticamente y *sustancialmente* la solución del caso proyectada por el sistema jurídico extranjero competente según las normas de conflicto del foro.

Al destacar el funcionamiento normal, general e incondicional de los principios señalados creemos poner en evidencia que ningún derecho internacional privado del mundo se desentiende de la solución sustancialmente justa del caso, ni aún cuando lo someta, mediante una norma de conflicto, a un derecho eventualmente extranjero⁽²²⁾.

Podría decirse entonces que el derecho internacional privado de un país, cuando somete el caso a un derecho extranjero, acepta la solución foránea derivada de la reglamentación del derecho extranjero competente *que pueda juzgarse una conclusión o determinación derivadas de los principios del derecho material propio*. Tanta es la importancia valorativa de los principios fundamentales de la "lex fori". Requiere pues una armonía de principios materiales en la "lex causae" y la "lex fori".

Invirtiendo la fórmula conflictualista podríamos expresar que todos los casos iusprivatistas multinacionales se rigen por los principios fundamentales de la "lex fori" determinados e individualizados según las materias, por la solución que adopte la "lex causae" elegida en la norma de conflicto de la "lex fori". Es más: aquellos principios prevalecen frente a estas soluciones en supuestos de conflicto material.

A fin de realizar una justa solución uniforme del caso caben dos posibles determinaciones del principio de uniformidad, siendo que este principio general es incompleto⁽²³⁾. Según una determinación, puede buscarse la justa solución uniforme mediante la elección justa del derecho más estrechamente relacionado con el caso multinacional y la ulterior solución material del caso en virtud de ese derecho. Según otra determinación, la solución puede hallarse mediante la creación de un derecho especialmente elaborado para adaptarse a la naturaleza del caso iusprivatista multinacional.

Es de advertir que aún la primera determinación que persigue la justa localización del caso mediante el hallazgo de su "sedé" (Savigny) de su "centro de gravedad" (Gierke) o del derecho con el cual el caso "está más estrechamente conectado" (Westlake) busca, indirectamente, la justa solución material

(21) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, pp. 26 y ss.; pp. 140 y ss.

(22) Op. cit., p. 12.

(23) Wengler, *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, Rev. critique de dr. int. pr., 1952, p. 512.

del caso. Esta idea localizadora se halla presente también en la finalidad de “respeto positivo al Derecho extranjero”⁽²⁴⁾ en la justicia indirecta de la elección del derecho aplicable al caso, “internacional privatrechtliche Gerechtigkeits”⁽²⁵⁾ y en la investigación del derecho que presenta la relación más próxima con el caso⁽²⁶⁾. Todas estas concepciones pueden considerarse una profundización de la tesis central de Savigny.

Todavía cabe distinguir otra determinación del principio general. Trátase de la autolimitación de los derechos estatales en sus respectivas esferas de aplicación a los casos. Si esta autolimitación fuese perfectamente coordinada podría alcanzarse una solución uniforme.

C) Las normas y sus métodos

1. Las normas de conflicto y sus fundamentos metodológicos

a) Método de elección justa

La norma de conflicto se caracteriza por dar solución al caso mediante la elección indeterminada del derecho material nacional o de un derecho material extranjero. Así, vgr. cuando el art. 3283 cód. civ. arg. somete la sucesión multinacional al derecho del último domicilio del causante, elige *indeterminadamente* el derecho competente. La elección se determinará o precisará con la ubicación concreta del último domicilio del causante. Lo típico de la norma de conflicto radica en su elección alternativa e indeterminada del derecho aplicable, eventualmente extranjero. Mediante dicha elección se localiza el caso multinacional, indicándose el derecho competente para solucionarlo. Puede llamarse a este método, pues, localizador, nacionalizador, indirecto⁽²⁷⁾ porque brinda indirectamente la solución material designando el derecho que decidirá sustancialmente el caso. También puede llamarse método de elección⁽²⁸⁾ siguiendo una tradición inglesa muy significativa (“choice of law”). No se trata de decidir la aplicabilidad o inaplicabilidad del derecho material del juez (“lex fori”). Sino la aplicabilidad del derecho material del juez o la de un derecho material extranjero. La elección puede *determinarse* tanto mediante la aplicación de la “lex fori” cuanto mediante la de un derecho extranjero. “Lex fori” y derecho extranjero se hallan en pie de igualdad para la elección indeterminada de la norma de conflicto, y, en este sentido, tal elección es *neutral*. Esta neutralidad de la elección indeterminada de la norma de conflicto, ha sido considerada característica esencial del derecho internacional privado “stricto sensu”. Dicha neutralidad se refiere a la falta de preferencia por el contenido de los derechos materiales susceptibles de elección.

Ahora bien, pese a que la “lex fori” y la ley extranjera se hallan en pie de igualdad en cuanto a la *elección* del derecho aplicable; en cuanto a la *aplicación* del derecho competente la ley extranjera se encuentra subordinada a los principios fundamentales de orden público de la “lex fori”.

(24) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 1977, Prólogo a la tercera edición, p. IX.

(25) Kegel, *Begriffe und Interessenjurisprudenz im Internationalm Privatrecht*, Festschrift Hans Lewald, 1953, p. 264.

(26) Beitzke, *Betrachtungen zur Methodik im International Privatrecht*, Festschrift für Rudolf Smend, 1952, p. 16.

(27) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 1977, Nos. 10 y 11.

(28) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, 1978, pp. 14 y ss.

El caso multinacional presenta relaciones con varios sistemas jurídicos nacionales. Tales relaciones, empero, no son todas de igual importancia, por lo cual se hace necesario descubrir las razones que puedan sustentar un orden jerarquizado de aquellas relaciones. Si un caso multinacional se relaciona esencialmente con un país, a pesar de sus múltiples relaciones con otros, a esa relación "esencial" se le reconoce una suerte de poder centralizador, localizador del caso y, por tanto, capaz de nacionalizarlo en un país de los varios vinculados a él. Desde esta óptica localizadora "los casos pertenecen según los diversos elementos que los componen a un país o a otro, o a varios a la vez"⁽²⁹⁾. Por tanto, el tratamiento de los casos debe considerar esa pertenencia. Hay que hallar, pues, la nacionalidad de los casos multinacionales. Es interesante subrayar este principio, según el cual la solución justa del caso multinacional debe buscarse comenzando por indicar con justicia la nacionalidad del caso. He aquí el principio de nacionalidad de los casos multinacionales. Pero ¿qué razones son las que justifican que una relación, un contacto esencial del caso, pueda erigirse en el imán rector de él?

Las partes o los terceros interesados en los casos pueden razonablemente considerar que algún género de casos se vincula esencialmente a determinado país, adoptando soluciones prescritas por el sistema jurídico de tal país. He aquí el criterio de nacionalización de las partes y algunos terceros que sirve de justificativo para no apartarse luego de tal localización previa, por el grave riesgo de violar las previsiones de aquéllos y, por consiguiente, la defensa de los derechos basados en aquellas previsiones⁽³⁰⁾.

Además, es evidente, desde el punto de vista del derecho internacional público, que cada Estado tiene derecho al ejercicio de su potestad jurisdiccional sobre las controversias que caen bajo su ámbito de validez estatal.

Sin embargo, el que los diversos países puedan adoptar independientemente los criterios de nacionalidad de los casos multinacionales, no deja de implicar una extraña paradoja, por más que el hábito con que nos enfrentamos al derecho internacional privado positivo nos haya hecho perder esa capacidad de asombro. Si cada país adoptara sus criterios de nacionalidad de los casos podría ocurrir que un caso multinacional sea considerado como perteneciente a dos o más países. He aquí el caso fácticamente multinacional y sometido a dos o más derechos nacionales (jurídicamente multinacional). Puede también acontecer que un caso multinacional no sea juzgado como perteneciente a ningún país (caso multinacional apátrida). Ahora bien, este camino puede conducir entonces a una acumulación de soluciones o a un vacío de solución. En ambos casos se carece de *una solución*. La raíz de la paradoja reside en que por medio de criterios de localización nacionales se busque dirimir controversias multinacionales.

El derecho natural impone en esta materia una elección justa del derecho nacional aplicable al caso. Se trata de *una* elección, y no de varias. Y de una elección razonable. He aquí un principio de derecho natural inmanente al derecho internacional privado positivo.

Tal principio que señala lo justo natural requiere el complemento de lo justo legal y positivo. Su evidencia no alcanza a iluminar por sí misma las

(29) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, 1977, Nº 15.

(30) V. nuestro estudio *Nulidad incierta de los matrimonios celebrados en el extranjero por impedimento de ligamen. Defensa en juicio y carga de la prueba*, en J. A., 1974, Doctrina.

soluciones particulares que deban adoptarse para poner en funcionamiento el principio de nacionalidad. Hay que investigar para ello el orden del ser de los casos concretos, sean éstos generales o individuales. El principio de nacionalidad reparte o, mejor, sirve de criterio de reparto de los casos multinacionales entre los diversos países, respetando la pertenencia esencial de los casos a los países.

Asentado el principio de respeto al sistema jurídico nacional en que gravita el caso, urge luego *determinar* los criterios especiales de gravitación o conexión en virtud del análisis de la naturaleza concreta de los casos. Esa determinación del principio requiere la positiva decisión del arbitrio legislativo. La razonabilidad de la determinación se mide por la adecuación de lo positivamente decidido al fin que persigue el principio. La elección de una conexión irrelevante del caso con un sistema jurídico destruiría el fin que persigue el principio: la elección de un derecho próximo. He aquí también un problema de gradualidad que admite un corte necesario para la decisión legislativa.

En cuanto a las determinaciones del principio de mayor proximidad, ellas sólo requieren una *probabilis certitudo*, pues no es dable alcanzar en esta materia más que una certeza jurídica basada en la probabilidad. Si una determinación del principio es tan probable como otras, este equiprobabilismo de las diversas determinaciones del principio autoriza una libre elección legislativa basada en la conveniencia práctica. Se trata de analizar las razones de mayor o menor peso que puedan sustentar las conexiones probables. Habrá que estudiar concretamente, por ejemplo, qué razones fundan la conexión domiciliar y compararlas con las que sostienen la conexión de nacionalidad. Y así con las conexiones del lugar de celebración, de cumplimiento, de producción de un hecho.

En cuanto a la unidad de elección antes requerida, cabe observar que ella se alcanza por vía de acuerdos multinacionales entre los países sobre la elección común de un criterio nacionalizador. El caso multinacional se soluciona por aplicación del mismo derecho nacional elegido por acuerdo multinacional. Hay un deber de actuar de los países a fin de celebrar dichos acuerdos. He aquí un deber o una obligación de celebrar tratados impuesta por el derecho natural inmanente al derecho internacional privado.

Cuando el método de elección es *nacional*, intentado por el derecho internacional privado de un solo país, cuando es intentado por un conjunto de países en convenios internacionales o cuando es intentado por un tribunal internacional; se presenta siempre una cuestión común que debe examinarse previamente a toda otra consideración de perspectivas nacionales, internacionales o supranacionales del método de elección.

Si el caso se relaciona con una pluralidad de sistemas jurídicos aplicables, puede comenzarse por un estudio de la índole de tales relaciones o vinculaciones del caso con dichos sistemas a fin de hallar la relación o vinculación o el conjunto de relaciones que resulten de importancia o gravitación decisiva para la solución del caso. Seleccionada, elegida la relación más importante del caso con un sistema jurídico, la solución del caso puede alcanzarse mediante la solución que daría a un caso interno ese sistema jurídico. La relación elegida indica el sistema jurídico del cual se podrá extraer la solución del caso. He aquí el método localizador de las relaciones jurídicas debido a Savigny. Este método es indirecto, pues la solución que asigna al caso la da mediante la *elección de*

un derecho nacional, llamado a proporcionar la decisión de fondo, sustancial del caso.

Lo decisivo radica en hallar la conexión más esencial o próxima del caso con un sistema jurídico o, excepcionalmente, con más de uno. Por ello se plantea ya en este aspecto un problema de verdadera raíz jusfilosófica en torno de la cuestión de saber si la conexión o las conexiones *esenciales* del caso aparecen *dadas en la naturaleza del caso* y, por consiguiente, sólo faltará que el legislador las reconozca positivamente plegándose a la naturaleza del caso regulable o, contrariamente, si tales contactos sólo se constituyen como relevantes por obra de elección normativa y su valor resulta dependiente de la voluntad del legislador. Una concepción jusnaturalista racionalista hace reposar el fundamento de las conexiones concretas en normas particulares de derecho natural (von Bar, Frankenstein).

Si intentar aquí una crítica exhaustiva de tales concepciones, es éste el lugar de asentar la tesis según la cual los principios del derecho natural sólo imponen en esta materia elecciones razonables de las conexiones concretas, dejando librada, empero, la determinación de las elecciones al legislador positivo, que las seleccionará con miras a las situaciones históricas de la casuística, con flexibilidad prudencial ("solertia"). Este punto de vista clásico del jusnaturalismo puede esclarecer una cuestión importante de la metodología actual del derecho internacional privado, la que persigue la unificación internacional de las conexiones por medio de tratados.

El principio de razonabilidad de las conexiones descalifica las que hacen depender la solución de un caso multinacional de un derecho carente de cualquier justificación razonable para darla. Tales conexiones arbitrarias perpetran o un secuestro del caso⁽³¹⁾ o un destrozo de él⁽³²⁾. Ninguna de ambas va destinada al fin de hacer justicia en el caso multinacional; persiguen el sometimiento del caso al sistema jurídico propio por considerar que resulta preferible a cualquier otro relacionado con él, aunque sea más próximo. Empero, no se pueden sustentar tales conexiones en criterio de justicia alguno.

Hay que apresurarse a resaltar la diferencia que existe entre la elección arbitraria de conexiones injustas de secuestro o fraccionamiento y la elección de conexiones que persiguen la sumisión del caso al sistema jurídico propio por razones de interés nacional. Frente a los casos multinacionales, los países necesitan, en determinadas materias, someter algún aspecto o todo el caso al derecho propio, a fin de proteger intereses nacionales vinculados a la organización política, familiar, económica o social del país, cuya observancia es requerida en todos los casos y con frecuencia en casos multinacionales precisamente. Estas conexiones de remisión al propio derecho hallan su justificación en los fines públicos de los estados nacionales con los cuales los casos multinacionales se relacionan. Modernamente los países de la comunidad internacional se reconocen incluso recíprocamente este poder en la esfera interna, que repercute en la casuística multinacional, ejercido para cumplir los fines enunciados⁽³³⁾.

(31) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico, 1977, N° 16.

(32) Goldschmidt, loc. cit.

(33) Cfr. para una distinción entre conexiones de destrozo, o sea, fraccionamiento injusto y conexiones de policía, nuestro estudio *Nuevas perspectivas en el derecho sucesorio internacional. Más allá de la unidad-pluralidad sucesoria a través del reenvío*, en J. A., t. 27-1975, p. 466.

En todos los supuestos considerados, el método de elección, que culmina con la sumisión del caso al sistema o a los sistemas jurídicos nacionales elegidos, resulta un método indirecto porque no proporciona directamente la solución de justicia material (jusprivatista) del caso, sino por medio de la selección del derecho justificado multinacionalmente para darla. Por este método se realiza la justicia sustancial jusprivatista sólo mediante la función instrumental que cumplen las cuestiones justas. El profesor de Colonia, Gerhard Kegel, ha llamado a esta justicia, instrumental internacionalesprivatrech Gerechtigkeit⁽³⁴⁾. Decididamente hemos acogido la idea de una justicia indirecta en el derecho internacional privado, especial y previa a la justicia material de la solución del caso. Hemos traducido el giro alemán por la expresión castellana "justicia indirecta", pues parece reflejar mejor un sentido original y, además, no limita la función de la justicia en el derecho internacional privado sólo a la justicia indirecta, que a nuestro juicio es una posible manera de operar la justicia en la materia, pero no la única⁽³⁵⁾. Podríamos también llamarla una justicia de conexiones para distinguirla de la justicia de la solución material conectada.

El fin del método de elección es hallar una solución del caso multinacional —o de alguno de sus aspectos— mediante el funcionamiento del derecho nacional más justificado para brindarla. Ahora bien, para que un caso totalmente multinacional pueda alcanzar una solución, y no dos o más soluciones distintas, se requiere que los países en cuyo territorio deba operarse la solución concuerden la elección de un derecho nacional aplicable. La elección uniforme no excluye que se elijan dos derechos nacionales aplicables. Así vgr., se puede elegir de modo uniforme someter la validez de la adopción a los derechos domiciliarios del adoptante y del adoptado acumulativamente, sin que ello quebrante la unidad de solución del caso, pues la adopción será válida para todos los países que hayan acordado la elección acumulativa siempre que lo sea según los derechos.

Si se persigue el hallazgo de una solución es indispensable que el caso sea resuelto por el mismo o los mismos derechos aplicables en virtud de una elección única o convergente. En cambio, si un caso totalmente multinacional se somete a varios derechos distintos, según las elecciones unilaterales de sistemas jurídicos nacionales diversos de modo que en un país el caso se solucione por un derecho y en otro por otro derecho; entonces no habrá una solución del caso sino varias soluciones de partes nacionales del caso multinacional. Paradójicamente, el caso multinacional total se convertiría, por medio de las elecciones nacionales divergentes, en un caso multinacional partido, pero no exactamente en un caso multinacional parcial, pues la solución que se le daría no sería del caso entero, como ocurre en éste. El caso multinacional partido sigue reclamando una solución uniforme multinacional. Lo que ocurre es que las elecciones nacionales lo rompen en partes nacionales a las cuales se aplicarán las soluciones nacionales. Aparentemente ya no existen más que casos nacionales. El caso multinacional se ha diluído bajo las aguas borrascosas de elecciones nacionales contradictorias. El testador, por ejemplo, ya no podrá meditar en su herencia futura como si fuese una sola herencia (caso multinacional total). Tendrá que sacrificar su óptica unitaria y pensar en tantas herencias futuras cuantos países de radicación de bienes relictos haya implicados. Será mejor

(34) Cfr. *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., 1964, pp. 33-35.

(35) v. nuestro *La doble nacionalidad en derecho internacional privado*, Buenos Aires, 1973, N° 149.

que abandone la ilusión de disponer de su herencia multinacional y se atenga a la realidad del caso multinacional partido en que aparecerán los bienes relictos como herencias argentina, inglesa, alemana, italiana.

Hay que hacer resaltar aún la diferencia que hay entre un caso nacional absolutamente interno (vgr. una herencia absolutamente argentina) y un caso multinacional partido (parte argentina de la herencia multinacional). Aquél es realmente nacional. Este es multinacional, pero despedazado en varios "casos" nacionales. El caso multinacional roto no podrá convertirse en una pluralidad de casos nacionales enteros. Así como una sociedad multinacional partida no es una pluralidad de sociedades nacionales enteras. He aquí la causa de justificación de las elecciones conducentes a una solución, pues una pluralidad de soluciones del caso no configura ninguna solución si son contradictorias. Si no son contradictorias, en rigor existe unidad de solución. Es lúrico suponer falta absoluta de contradicciones. Si hay concordancia internacional (entre varios Estados) sobre la justicia de una elección, aunque esa concordancia sea relativa, vale más que una elección más justa pero nacional. Además, si una elección internacional justa conduce a la aplicación de un derecho nacional que se estime materialmente injusto, siempre será posible corregirla a posteriori.

Se observan elecciones únicas y elecciones convergentes. No hay dificultades en comprender el funcionamiento de una elección única (v.gr., se elige el derecho del lugar de celebración, del domicilio). En cambio, la elección convergente opera mediante elecciones diversas pero que conducen, por circunstancias especiales de los supuestos de hecho, a la aplicación de un mismo derecho, y por tanto, de una solución única del caso. Supóngase que se considera nacional de un país a quien se domicilia en él y solicita su nacionalidad. Las elecciones del derecho de la nacionalidad y del domicilio de esa persona conducen a la aplicación de un mismo derecho elegido, aunque por vías electivas diversas, pero convergentes. Este resultado se alcanza porque las cualidades personales de la nacionalidad y el domicilio se conectan a un mismo país en la realidad concreta de personas que se hallan en esa situación⁽³⁶⁾.

Cada Estado nacional elige las conexiones que estima relevantes en los casos multinacionales. De aquí que las elecciones de los contactos sean en primer lugar, nacionales, internos, unilaterales. Sin embargo, como se ha dicho, el principio de razonabilidad puede unificar conexiones nacionales razonables, aunque diversas, de modo que la elección de una u otra conexión sea fungible desde el punto de vista de la justicia de su elección.

Si diversos países acuerdan elecciones uniformes de derechos nacionales para solucionar los casos multinacionales, los jueces de aquellos países elegirán concordantemente el mismo derecho nacional para desprender de sus normas la solución del caso. Si se conviene someter la validez de un acto al derecho del lugar de su celebración por un grupo de Estados nacionales, el acto será juzgado según el mismo derecho material privado por cualesquiera jueces nacionales competentes.

Desde esta perspectiva internacional (convencional) resulta operativa la distinción formulada entre el principio de derecho natural que exige una elección razonable y las determinaciones concretas que conducen a la elección particularizada en atención a circunstancias cambiantes. Si sólo es exigible una justa y razonable elección, nada impide adoptar las elecciones concretas

(36) Op. cit., espec. Nos. 129 y ss., en que se analizan las soluciones del convenio de nacionalidad entre Argentina y España del 14 de abril de 1969.

que puedan facilitar una mayor unificación internacional de las referidas elecciones. Así, las elecciones del derecho de la nacionalidad o del domicilio de las personas son ambas razonables y razonable sería unificarlas adoptando una o la otra. Lo que interesa de modo preponderante no es ya defender la justificación de elecciones determinadas, sino la justificación de una elección uniforme internacionalmente. Lo que debe compararse, pues, no es una elección razonable frente a otra arbitraria, sino dos elecciones razonables. Es más justificado unificar las elecciones razonables que mantenerlas en conflicto. Está justificado que las razones fundamentales de una elección cedan, no frente a las razones tan bien o mejor fundadas de otra elección, sino frente a la razón que justifica la unificación de las elecciones justas. Sería más razonable alcanzar la unificación del estatuto personal mediante la ley de la nacionalidad que mantener la dualidad de conexiones personales nacionalidad-domicilio, a pesar de las quizá mejores razones que inspiran a la conexión domiciliar.

No debe descartarse tampoco, en otro orden de elecciones, la posibilidad de un acuerdo internacional entre Estados sobre la elección uniforme de un derecho aplicable por razones de policía (incluso derecho público aplicable) de los distintos países que cooperan respetándose recíprocamente determinadas normas de policía (vgr. cambiarias). Así, los contratos de cambio que impliquen la moneda de un país, contrarios a las disposiciones de policía cambiaria del país de la moneda de que se trata, pueden ser ineficaces en otros países en virtud de un acuerdo sobre la elección uniforme del derecho cambiario aplicable.

Hasta aquí hemos considerado la razonabilidad de las elecciones uniformes por vía de convenciones internacionales. Empero, antes de concluir es preciso estudiar algunos posibles problemas que pueden suscitarse en la metodología uniforme de elección. Para ello hemos de distinguir las elecciones rígidas de las elecciones flexibles. Ambas categorías de elecciones pueden aparecer tanto en soluciones nacionales unilaterales cuanto en soluciones internacionales uniformes.

La elección rígida se hace con miras a un conjunto de casos supuestos que se someten a un derecho precisamente escogido (derecho del lugar de realización de un hecho ilícito, vgr.). En cambio, el método de elección flexible deja al intérprete la determinación del derecho aplicable dándole sólo una elección flexible. Consiste este método en elegir en cada caso el sistema jurídico nacional que brinde la solución más justa del caso (equitativa), en consideración de todas sus circunstancias, y elegir, con ese criterio, las conexiones del caso que lo vinculen a la solución materialmente justa. He aquí la metodología expuesta en el renombrado artículo del profesor de la Harvard Law School David F. Cavers, escrito en 1933⁽³⁷⁾. Ella es el abandono más claro de la neutralidad electiva. La elección debe inclinarse por el partido del sistema jurídico que proyecte la solución más justa de los casos concretos. He aquí la elección flexible. Si el principio de elección razonable deja al legislador nacional decidirse por las elecciones generales con flexibilidad, el principio de elección equitativa deja al juez nacional decidirse por la elección individual con la flexibilidad que el mismo legislador le permita.

En este orden de ideas corresponde aludir al método de agrupación de las conexiones múltiples en los casos concretos a fin de ponderar la gravitación

(37) Cavers, *A critique of the choice of law problems*, Harvard Law Review, 173, 1933.

de las conexiones decisivas. Un famoso estudio de Morris⁽³⁸⁾, tiende a demostrar la insuficiencia de una conexión rígida y general, como el lugar de comisión de un hecho ilícito, para decidir la solución sustancial de algunos casos conectados por un cúmulo de vínculos a otro lugar decisivo.

Empero, este agrupamiento no puede funcionar sin la guía de una finalidad que imponga un criterio material para decidir el predominio de un grupo de conexiones. Brainer B. Currie ha basado precisamente aquella finalidad en la aplicación de políticas legislativas tendientes a proteger determinados intereses gubernamentales del Estado del juez o de un Estado extranjero.^(38 bis)

El mismo Currie se encarga de hacer resaltar que los jueces, para defender los intereses gubernamentales de sus países, han de evitar "una determinación demasiado egoísta y chauvinista".

Por nuestra parte quisiéramos llamar la atención sobre las relaciones que existen entre este método de elección flexible y concreto y los métodos de comparación y creación que serán sucesivamente expuestos. No es posible hacer funcionar el método de elección flexible sin una adecuada tarea comparativa y una ulterior decisión sobre un criterio material creador de una solución del caso.

Ahora es importante señalar que el método de elección flexible puede producir fracturas interpretativas aún cuando se unifiquen elecciones genéricas en convenciones internacionales, pues los jueces nacionales llamados a aplicar las elecciones uniformes pero flexibles podrán precisarlas con criterios materiales diversos, con lo cual habrá desaparecido la uniformidad de elección tan perseguida.

Esta cuestión nos lleva al planteo del método de elección supranacional. Sobre la multivocidad el concepto jurídico de supranacionalidad se puede ver el estudio de Klaus von Lindeiner-Wildau, *La supranacionalidad en tant que principe de droit*, "Colección de Estudios sobre Integración Europea", Leyden, 1970, recomendado por el profesor Pierre Pescatore en sus clases del Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra de 1971, ahora en su "Derecho de la integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales", *Bid, Intal*, 1973, pág. 41. En nuestro orden de ideas, llamamos método supranacional de derecho internacional privado al que posibilita una concreta y uniforme solución de los casos jusprivatistas multinacionales individuales en todos los territorios estatales a los cuales se vincula el caso multinacional total. Es a esta clase de casos que el método supranacional viene a solucionar muy especialmente. El fin típico del método es proporcionar la uniformidad concreta de las soluciones aplicables a los casos jusprivatistas multinacionales, superando así la uniformidad abstracta que consigue el método internacional por vías convencionales.

Esta supranacionalidad no requiere necesariamente institucionalización, sino una autonomía relativa de poder. Esto es, que ciertos poderes efectivos puestos al servicio de objetivos comunes gocen de cierta autonomía. Observamos que generalmente las asociaciones de comerciantes, las mismas partes en una controversia, pueden efectivamente observar y cumplir ciertas soluciones uniformes prescindiendo de los poderes institucionales de los Estados nacionales. La relatividad de esa autonomía de poder radica en la necesidad de que las decisiones sean cumplidas por los interesados con prescindencia de las instancias estatales de coacción. Esta condición relativiza la autonomía de poder, pero no la suprime.

(38) Morris, *The proper law of the tort*, Harvard Law Review, 1951, p. 861.

(38 bis) V. *Selected essays on conflict of laws*, 1963.

Tal autonomía relativa de poder, en un tribunal internacional constituido por un tratado entre varios Estados, en tribunales arbitrales o en los interesados directamente, puede originarse en transferencias de poder estatal (tribunales internacionales) o en poder extraestatal (árbitros e interesados). No le es esencial la inmediatez a las decisiones de tribunales internacionales si pueden contar con "relevos de ejecución" estatales⁽³⁹⁾.

No es imprescindible al método supranacional contar con medios coactivos para imponerse a los Estados. La espontaneidad del cumplimiento de las soluciones que asigna a los casos aquel método hace justamente prescindible la coacción estatal. La imposición es efectiva para decisiones de tribunales internacionales. La Argentina no comparte con otros Estados la constitución de ningún tribunal internacional que decida casos jusprivatistas multinacionales. Las soluciones supranacionales suelen producir en las partes una coacción moral operativa, basada en imperativos del propio interés.

Es posible que un tribunal internacional aplique soluciones de elección de un derecho nacional para dirimir la controversia. Supóngase la constitución de un tribunal internacional constituido por los países ratificantes de los tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que aplicara para solucionar casos multinacionales ocurridos en el ámbito territorial de aquellos Estados las soluciones uniformes de elección que los tratados contienen. Si el tribunal supuesto aplicase las elecciones uniformes de los tratados realizaría no ya una uniformidad abstracta de solución sino concreta, pues no podrían tales soluciones fracturarse por interpretaciones nacionales discordantes.

El árbitro nacional, precisamente por ser extraestatal, puede solucionar el caso según el derecho nacional elegido por las partes⁽⁴⁰⁾, (elección única y concreta por los interesados). Podría también solucionarlo mediante la elección de un derecho nacional aplicable hecha por el mismo árbitro⁽⁴¹⁾.

La práctica parece demostrar que los árbitros acuden con más frecuencia de la imaginada al método de elección. Así lo demuestran los trabajos de Deby Gérard citados por Yvon Laussouarn, en *Cours général de droit international privé*, "Recueil des Cours", 1973, t. 139, pp. 301/302, y de Yves Derain -Robert Thompson, *Chronique de sentences arbitrales de la Chambre de Commerce International*, en *Clunet*, 1974, pp. 876 y ss.

Queda patente que la decisión arbitral, por cierto en cuanto observada espontáneamente, da al caso una solución supranacional uniforme y concreta.

Expuesto hasta aquí el método de elección desde sus perspectivas nacional, internacional y supranacional, se advierte que su justicia reposa en la nacionalización del caso multinacional mediante la elección razonable de un sistema jurídico nacional aplicable. Como el método de elección obra la nacionalización del caso, su justicia depende de la justa elección del derecho nacional que se considera competente para regir el caso.

Sin embargo, la consideración de elecciones flexibles nos introduce ya en una cuestión de gran relevancia, al vincular la justicia de la elección de un derecho aplicable con la justicia de la solución material que atribuye al caso

(39) Pescatore, *Derecho de la integración: nuevo fenómeno de las relaciones internacionales*, Bid, Intal, 1973, p. 45.

(40) Fragistas, *Arbitrage étranger et arbitrage international*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1960, pp. 1 y ss.

(41) Goldmann, *Les conflits de lois en matière d'arbitrage international de droit privé*, en *Recueil des Cours*, t. 109, 1963, pp. 367 y ss.

el derecho elegido. Habría que destinar un estudio especial de las relaciones existentes entre las dos formas de justicia, la justicia de la elección y la justicia de la solución material elegida, en el derecho internacional privado.

¿Es condición la justicia de las elecciones para que pueda alcanzarse la justicia de la solución sustancial del caso? Desde luego que someter un caso multinacional a un derecho nacional totalmente ajeno a él, mediante una elección arbitraria, compromete gravemente las expectativas de previsión de los interesados y terceros. Además, dicha sumisión arbitraria podría comprometer el tráfico jurídico e impedir el despliegue de la vida internacional de las personas. Si los países sometiesen los casos multinacionales a derechos nacionales arbitrariamente elegidos y desconexos, por tanto, de aquéllos, ahuyentarían el comercio internacional de sus territorios o, al menos, lo excluirían de sus órganos de justicia y administración oficiales.

b) *Rigidez o flexibilidad de la elección*

De la sede ("Sitz") a la relación más significativa ("the most significant relationship")

La norma de conflicto legal o convencional puede adoptar una elección relativamente *rígida* del derecho competente (vgr. el derecho del "lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito" rige las obligaciones que nacen sin convención, art. 43 Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940). Tal rigidez, en cuanto aumenta la previsibilidad del derecho aplicable, favorece sin dudas la seguridad jurídica internacional, y ésta, es ya justicia incipiente porque posibilitando la previsión del derecho eventualmente aplicable en el ámbito de una jurisdicción nacional, garantiza la defensa o tutela de los derechos (C.N., art. 18 y 14 inc. 1º y 2º cód. civ. arg.). No debería hacerse soportar a las partes la incertidumbre del derecho aplicable a sus relaciones internacionales, salvo en supuestos excepcionales en los que principios superiores hiciesen ceder o relajar la rigidez de la elección.

De modo que subsidiariamente, es razonable hacer excepción al principio de elección rígida y adoptar en la norma general el principio de derecho natural que impone una elección razonable. Así puede el legislador omitir la determinación del principio y delegarla en la apreciación prudencial de los jueces.

En tal orden de ideas, es dable introducir en la norma una elección flexible e indeterminada que somete el caso al derecho con el cual se halla más estrechamente o significativamente relacionado. Destaco que adoptando tal fórmula la norma de conflicto positiva sólo se limite a incorporar el principio de derecho natural inmanente al derecho internacional privado que exige una elección razonable. Trátase de un relajamiento planificado de la vinculación a la ley⁽⁴²⁾.

Es dable observar una tendencia a admitir, subsidiariamente, la elección flexible del derecho aplicable. Así, el anteproyecto de Convención de Bruselas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales elige, en audiencia de elección por las partes, la ley del país con el cual el contrato presenta *vínculos* más estrechos. Empero, se precisan algunos criterios de localización (art. 4). También en el art. 10, en subsidio de la ley del país

(42) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. p. 113.

en donde se produce el hecho dañoso, se elige la ley del país de una "conexión preponderante" fundada normalmente en una conexión común a la víctima y al autor del daño y eventualmente a un tercero responsable⁽⁴³⁾. En las Convenciones de La Haya sobre ley aplicable en caso de accidentes de circulación por ruta y sobre ley aplicable a la responsabilidad por el hecho del producto también se adoptan elecciones flexibles, subsidiariamente en la primera y principalmente en la segunda⁽⁴⁴⁾.

c) *Neutralidad o preferencia de la elección*

En ciertas materias la elección se inspira en una valoración sustancial de la solución. Así la elección acumulativa de los derechos domiciliarios del adoptado y del adoptante "en cuanto sean concordantes" (art. 23 del Tratado de Der. Civ. Int. Montevideo de 1940) tiene en miras el "Magis valet certitudo qua favor adoptionis". La acumulación de derechos aplicables evidencia una elección guiada por la finalidad de mayor exigencia material. Ello ocurre en la validez de la adopción⁽⁴⁵⁾, de las participaciones societarias⁽⁴⁶⁾, de la fusión⁽⁴⁷⁾. En cambio, el "favor matrimonii" inspira la elección de la "lex celebrationis" (art. 2 ley 2393).

La elección alternativa de varios derechos aplicables suele perseguir la validez de un acto (vgr. art. 3628 cód. civ. arg.). La ley que favorece la validez formal del contrato es preferida en el art. 1181 cód. civ. arg. Y el "favor negotiorum patriae" inspira la preferencia del derecho argentino en el art. 14 inc. 4º cód. civ. arg.

Cabe señalar también, en este orden de ideas, que la elección flexible permite, como antes se expuso, la preferencia del derecho más adaptado para dar una solución equitativa del caso, *porque esta mayor adaptación material puede considerarse la "relación más significativa"*. La solución material es entonces *determinante* de la relación más estrecha, de la "most significant relationship".

d) *Adaptación material de los derechos elegidos*

Puede ocurrir que a diferentes aspectos del mismo caso se apliquen distintos derechos (vgr. v. art. 1214 cód. civ. arg.). Esos derechos distintos parcialmente aplicables al caso pueden conducir a una contradicción lógica ("Seinswiderspruch") o a un resultado injusto ("Sollenswiderspruch")⁽⁴⁸⁾. Uno de los métodos para corregir las inadaptaciones señaladas —no el único— consiste en una adaptación correctora de un derecho material a fin de armonizarlo sustancialmente con el otro u otros. Tal adaptación requiere una modificación y, por ende, una elaboración o creación de derecho especial para el caso, cuya multinacionalidad exige la equitativa corrección expuesta. Es muy de advertir que el problema de la inadaptación puede también solucionarse mediante correcciones en la elección de los derechos nacionales. Tal solución

(43) Loussouarn, op. cit., p. 369.

(44) Loussouarn, op. cit., pp. 370 y ss.

(45) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. p. 306.

(46) Op. cit., pp. 426 y ss.

(47) Op. cit., pp. 413-420.

(48) Kegel, *Internationales Privatrecht*, 1964, pp. 107-108.

indirecta no se basa en una elaboración material específica. Kegel distingue entre soluciones indirectas y materiales, directas. La solución indirecta puede lograrse mediante la sumisión de los dos aspectos del caso (vgr. sucesión del cónyuge y disolución del régimen patrimonial del matrimonio) a un solo derecho y no a dos. Así se modifican las normas de conflicto, dejando intacto el derecho material elegido por la norma de conflicto elaborada para el caso⁽⁴⁹⁾. Goldschmidt últimamente piensa “que los problemas de la adaptación no constituyen problemas de la norma indirecta, aunque sí son provocados por el juego desafinado de varias de dichas normas. En efecto, el método sintético-judicial se vincula indisolublemente a normas indirectas, pero no a una de ellas sino al problema de su convivencia armoniosa puesta en peligro por el método analítico-analógico”⁽⁵⁰⁾. Por otro lado, en Goldschmidt el método sintético-judicial es material.

A nuestro juicio el problema de la adaptación surge al configurarse la norma completa como conjunto de normas fragmentarias, incompletas, que se requiere tener en cuenta para solucionar acabadamente el caso⁽⁵¹⁾. Tal norma completa se integra con las diferentes normas de conflicto que eligen derechos materiales inadaptados. Y además, con la norma material que adapta los derechos elegidos. O, en su caso, con la norma de conflicto elaborada judicialmente para *reelegir*, digamos, el derecho aplicable. Ahora bien, esta reelección, en el sentido de Kegel, se hace atendiendo a la razonabilidad del resultado al que pueda conducir el derecho elegible. Destaco, pues, la naturaleza sustancial de la adaptación. Con ella se perfecciona la norma completa.

También, se advierte la posible adaptación del derecho material extranjero a los principios de orden público del derecho nacional⁽⁵²⁾.

e) *Método de análisis y de comparación en la norma de conflicto*

El método más característico, por decirlo de algún modo, de la norma de conflicto es el método localizador, indirecto, de elección del derecho aplicable. El método de elección resulta sin embargo secundado por el auxilio de otros métodos que también ofician en la elaboración y funcionamiento de la norma de conflicto.

El método de análisis de los hechos, situaciones y conductas que presentan los casos iusprivatistas multinacionales afronta la consideración de conceptos jurídicos pertenecientes a la pluralidad de sistemas vinculados a los casos. La elaboración conceptual de los tipos legales de las normas de conflicto suscita ya la calificación de los casos con miras a su multinacionalidad jurídica⁽⁵³⁾. El análisis conceptual concierne también a los conceptos jurídicos de los puntos de conexión y de los derechos extranjeros eventualmente conectados⁽⁵⁴⁾.

El método analítico de Goldschmidt descompone los distintos aspectos de un caso para someter cada uno de ellos a su derecho propio⁽⁵⁵⁾.

(49) Kegel, op. cit., pp. 110-111.

(50) *Derecho Internacional Privado*, 1977, Nº 96, p. 79.

(51) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. p. 114.

(52) *Ibidem*, p. 144.

(53) *Ibidem*, pp. 13, 115-120.

(54) *Ibidem*, p. 118.

(55) Goldschmidt, op. cit., Nº 12, p. 9.

A nuestro juicio, el método analítico de Goldschmidt cumple una función más restringida que nuestro método de análisis. En Goldschmidt sólo funciona para descomponer los aspectos separables de los casos absolutamente internacionales en el sentido de Jitta. Además, tal separación analítica es tarea preparatoria de la elección del derecho propio para cada aspecto del caso. El método analítico aparece consustanciado con el método indirecto de Goldschmidt. En su orden de ideas hablaríamos más bien de un método analítico-indirecto.

En nuestro orden de ideas, en cambio, el análisis es requerible en todo caso iusprivatista multinacional pues siempre se presentará el problema de su calificación. Por otro lado, nuestro análisis no se limita al tipo legal pues su amplitud funcional se extiende a los puntos de conexión y a los derechos extranjeros eventualmente conectados. A nuestro juicio el método de análisis debe distinguirse claramente del método de elección y debe aplicarse a toda la problemática de caracterización conceptual del caso.

Si el derecho nacional elegido para asignar la solución material del caso resulta un derecho extranjero, habrá que comparar la solución concreta que el derecho extranjero (probable sentencia del juez extranjero) proyecta atribuir al caso con los principios que constituyen el espíritu del derecho nacional (orden público). Esa comparación es siempre jusprivatista, sustancial, pues los términos de comparación son materiales. He aquí, pues, la comparación material como culminación del método de elección inicial.

La elección de un eventual derecho extranjero para solucionar un caso multinacional conduce a la consecuencia lógica de la extraterritorialidad de los derechos estatales. En efecto, si un Estado elige legislativamente someter la decisión de un caso a un derecho nacional indicado mediante una referencia abstracta (lugar de celebración, de ejecución, etc.) es evidente que si esos lugares elegidos se sitúan en un territorio extranjero, los jueces de aquel legislador tendrán que aplicar un derecho extranjero. Sin embargo, el derecho elegido no queda desvinculado de todo control por el derecho elector. Este derecho se reserva la posibilidad de oponerse a la solución de un caso multinacional que el derecho elegido proyecte, si tal proyectada solución contrariase las valoraciones sustanciales de justicia que emana de los principios de orden público del derecho elector. Si el derecho internacional privado es prioritariamente elector (cfr., vgr. arts. 6, 7, 11, 12, 950, 1205 y ss., 3283, 3612 del C. C. arg.) es también fiscalizador (art. 14, C. C. arg.). Este control que ejerce el orden público del derecho elector es una valoración de la solución proyectada para el caso por el derecho elegido según los principios que expresan la concepción de justicia que inspira y sirve de últimos sustentos al derecho elector.

En razón del funcionamiento de los métodos analíticos y de elección, es posible que un caso deba resolverse mediante la aplicación de diversos derechos nacionales a distintos aspectos del caso. Ello hace necesario comparar las soluciones que los diferentes derechos asignan a los respectivos aspectos del caso, a fin de prevenir eventuales incongruencias lógicas o resultados injustos producidos por la desarmonía entre las soluciones parciales suministradas por "partes" de sistemas jurídicos distintos que pueden no armonizar cuando se las desconecta de las restantes normas del mismo ordenamiento.

Desde otro punto de vista, si se elige como aplicable un derecho nacional (propio o extranjero) en atención a su contenido material, es forzoso com-

parar los derechos materiales aplicables a fin de saber cuál de los implicados cumple con la condición material requerida. Si se elige como aplicable el derecho más favorable a la validez de un acto, si se escoge como decisivo el derecho más favorable a una persona que se estima justo proteger (art. 14, inc. 4, C. C. arg.; antiguo art. 3, ley 20.074), resulta ineludible el recurso al método comparativo material.

La comparación material es indispensable para la construcción de conceptos jurídicos autónomos para el derecho internacional privado de suficiente amplitud como para que puedan quedar comprendidos en ellos conceptos nacionales más específicos.

Sin duda la comparación material es previa a cualquier tarea de armonización y unificación internacional de normas sustanciales de diversos derechos nacionales. Aún para la creación de un derecho nacional material especialmente aplicable a casos multinacionales puede recurrirse a la comparación entre varias soluciones.

La comparación material se distingue de la comparación de elecciones. En aquélla se comparan soluciones jusprivatistas sustanciales. En ésta se comparan elecciones distintas adoptadas por varios derechos de conflicto para indicar el derecho aplicable a un caso. En aquélla se compara, v.gr., la validez o invalidez de un acto, la capacidad o incapacidad de una persona. En ésta se compara, por ejemplo, la elección del derecho del lugar de constitución de una sociedad comercial con la elección del derecho del lugar de su sede; el lugar de celebración de un contrato con el lugar de su ejecución; la elección del derecho domiciliar con la del derecho de la nacionalidad.

La comparación de elecciones desde la perspectiva nacional conduce a que los jueces de un país comparen la elección del derecho aplicable que hacen las normas propias con la que efectúan las extranjeras a las que se remiten las propias. Así, v.gr., si un causante argentino fallece con último domicilio en Italia el juez argentino debería aplicar el art. 3283 del C. C. arg. que elige el derecho del último domicilio del causante para regir la herencia (derecho italiano). Empero, el juez argentino deberá comparar su elección con la elección que el derecho italiano propicia. Este derecho elige como aplicable a dicha sucesión el derecho de la nacionalidad del causante (derecho argentino). Las elecciones de los derechos italiano y argentino difieren. ¿Cuál de las elecciones seguirá en definitiva el juez argentino?

Desde la perspectiva internacional, el método comparativo es camino obligado para cualquier unificación de elecciones en convenios internacionales o de unificación de soluciones materiales jusprivatistas.

Aún unificadas las elecciones por vía convencional, la comparación entre la solución que un derecho nacional, convencionalmente elegido, da a un caso y los criterios de justicia material de un tribunal nacional, hace posible que la solución del derecho elegido sea desplazada por las concepciones de justicia (orden público) del juez nacional de alguno de los Estados ratificantes del convenio unificador de elecciones.

Parece ocioso observar que no cabe comparar elecciones convencionalmente unificadas. Pero esta observación, precisamente, hace comprender que en un método de elecciones uniformes no cabe tampoco la posibilidad del reenvío, sólo comprensible en presencia de elecciones nacionales diversas y encontradas que se envían y reenvían la solución del caso.

2) *La norma material y sus fundamentos metodológicos*

a) *Método de creación*

El caso jusprivatista multinacional, conectado a varios sistemas jurídicos nacionales, puede resolverse según un derecho nacional elegido. Empero, puede también solucionarse mediante la creación de un derecho nacional especialmente aplicable a casos multinacionales. No se trata ya de solucionar el caso mediante la aplicación de un derecho nacional comúnmente aplicable a casos internos y multinacionales sin discriminación. Se trata de crear un nuevo derecho privado nacional, adaptado especialmente a la naturaleza multinacional de los casos jusprivatistas, exclusivamente aplicable a éstos.

Esta creación de soluciones materiales puede ser general o individual. La creación general de soluciones materiales para casos multinacionales torna innecesario recurrir previamente al método de elección, pues el derecho aplicable se construye directamente de modo genérico para un conjunto de casos futuros. Supóngase que se crea una solución general que resuelve la mayoría de edad de las personas que siendo mayores en el país de su domicilio anterior constituyen domicilio en la Argentina sin cumplir aún veintiún años. La solución es allí material (mayoría de edad), y no de elección entre el derecho de un domicilio u otro.

Puede acontecer que la aplicación de diversos derechos nacionales a aspectos distintos de un caso produzca un resultado aberrante e injusto que hace ineludible corregir tal resultado, creando, por adaptación de los derechos nacionales parcialmente aplicables, una solución material especialmente adaptada al caso concreto y, por ende, individual. Siendo el legislador quien brinda soluciones para casos genéricos, sus creaciones pueden calificarse como legislativas. La creación judicial produce, en cambio, soluciones individuales.

Hasta aquí hemos contemplado el método de creación desde la perspectiva nacional y unilateral de cada Estado. Cabe ahora introducirnos en el camino de la creación internacional. Por esta vía no se intenta ya unificar las elecciones del o de los derechos nacionales que proveerán la solución del caso en sentido sustancial, sino crear soluciones materiales adaptadas a los casos multinacionales uniformemente aceptadas por un conjunto de países concordantes en las soluciones.

Esta unificación material sólo resulta practicable en determinadas materias que se pueden unificar en virtud de no ofrecer grandes resistencias nacionales basadas en ideas de justicia inconciliables (orden público).

Las justificaciones de esta creación de soluciones materiales son de diversa índole. Una razón de ellas radica en su especialidad. Son soluciones creadas especialmente para los casos multinacionales y, por ello, puede esperarse que sean más ajustadas a la naturaleza de esos casos, logrando mayor justicia por determinación en sus soluciones. Otra causa de justificación reside en su internacionalidad y uniformidad. Al ser uniformes sus soluciones en distintos países, la totalidad del caso puede solucionarse de modo uniforme en cualquiera de los países.

Además, en algunos procesos de creación material, se persigue una justa limitación de la autonomía de reglamentación contractual de las partes, mediante la incorporación de soluciones que no pueden ser modificadas sin respetar ciertos límites. He aquí una suerte de policía internacional uniforme rígidamente impuesta por vía convencional, tendiente a la protección de la

muchedumbre de contratantes desorganizados. Tales limitaciones sólo pueden ser efectivas si se imponen internacionalmente y de modo uniforme.

En otro orden de fundamentos, la simplificación y la seguridad de las soluciones materiales uniformes garantiza el valor de previsibilidad que las partes persiguen, lo cual dinamiza y multiplica el comercio internacional. Los comerciantes organizados se asocian y dictan sus reglas de usos. Estas soluciones creadas por los mismos comerciantes organizados generan espontáneo y ejemplar seguimiento derivado de la razonabilidad que dichas soluciones ostentan.

Sin embargo, el método de creación es limitado, aún desde esta perspectiva internacional. La primera y decisiva limitación de la creación material uniforme viene impuesta por su misma justificación, esencialmente limitada por las siguientes circunstancias.

Sólo está justificada la unificación cuando en alguna materia existe un fondo común de principios. Si falta esa coincidencia de ideas de justicia material no sería justo sacrificar algunas concepciones nacionales, aunque parezcan injustas desde la perspectiva de las otras, en aras de estas últimas. Se opone a la unificación entonces la independencia e igualdad de cada sistema jurídico nacional frente a los restantes. Muy agudamente observa Hubert Bauer que las diferencias ideológicas de los derechos materiales de los diversos países hacen "que normalment la solution d'un cas ne peut se faire par la recherche de la loi matériellement la plus juste"⁽⁵⁶⁾.

Porque no puede erigirse un país en legislador universal reclamando autoridad absoluta⁽⁵⁷⁾.

No obstante la agudeza de las observaciones de Bauer, hay que contemplar el problema no solamente desde una perspectiva estática. En realidad, las diferencias de ideas materiales de justicia, en cuanto viven y se practican por determinadas sociedades entran en el ámbito de lo sociológico y son exactamente valoraciones de justicia⁽⁵⁸⁾. Ahora bien, estas valoraciones pueden ser objeto de transformación histórica. Es sencillo y fecundo observar a este respecto cómo las mismas sociedades nacionales cambian de valoraciones en determinadas materias jurídicas. Tales variaciones pueden ser producidas por influencias valorativas. Estas influencias pueden ser externas.

El principio de independencia nacional debe ser armonizado con el principio de interdependencia de los sistemas jurídicos nacionales si es que se persiguen fines de cooperación internacional y solidaridad entre los países. Tales influencias pueden generar una asimilación de soluciones más justas. Hemos contemplado ya realidades de integración nacional de ideas de justicia. El código civil suizo ha unificado leyes de veinticinco cantones y semicantones. La República de Turquía lo adoptó como adecuado a las necesidades de la vida económica moderna.

Los valores de cooperación y solidaridad no son absolutos sino relativos al fin justo que persigan aquellas. Otro tanto cabe afirmar del principio de independencia sustentado por el de soberanía nacional. La soberanía no es un valor absoluto, sino relativo al valor absoluto de la justicia. Puede haber una

(56) Cfr. *Les traités et les règles de droit international privé matériel*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, p. 571.

(57) Bauer, op. cit., loc. cit.

(58) Goldschmidt, *Introducción*, pp. 393 y ss.

soberanía injusta. Las soberanías nacionales no valen más que el "ius cogens" del derecho internacional público.

No parece exento de justificación declinar recíprocamente ciertas valoraciones nacionales de justicia en aras de una valoración nueva y común a varios países que la adoptan por razones de mayor justicia uniforme. No se trata aquí de la declinación de una valoración nacional justa por adoptar otra injusta y contradictoria de principios intangibles. Sino de una superación de la justicia nacional por la adopción de soluciones de justicia más elevada sólo practicables mediante su aceptación uniforme. Medítese en un país que tomase medidas laborales muy avanzadas en comparación con otros países de su mismo nivel económico. Se hallaría en condiciones de inferioridad respecto de los restantes países en su comercio exterior. De ahí que la elevación uniforme de las mejoras laborales sea justificada y en cambio injusto que un país se perjudique —lesionando por vía oblicua los intereses laborales también— porque sus competidores mantienen legislaciones menos favorables.

Empero, no deben ocultarse las materias en las cuales la unificación sustancial es difícil de imaginar. En cuestiones familiares, arraigadas en costumbres y creencias locales, hereditarias, inmobiliarias, sería imprudente una ambiciosa tarea unificadora.

En cambio, las imperiosas necesidades del comercio internacional han hecho realidad la creación de soluciones materiales de controversias de transportes, letras de cambio, compraventa, propiedad inmaterial. La naturaleza económica de estas materias proporciona bases fácticas uniformes que habilitan la armonización y unificación de soluciones. No obstante, las influencias de las concepciones económicas de mercado y estatizada, las situaciones desiguales de economías desarrolladas y en desarrollo conspiran contra la unificación de soluciones multinacionales totales.

Si el método de elección busca respetar la nacionalidad esencial de los casos multinacionales, adoptando criterios de nacionalización de los casos por medio de conexiones justas, respetando de ese modo los valores de las diferentes culturas jurídicas nacionales ⁽⁵⁹⁾, urge ahora poner en contacto los valores nacionales a fin de integrarlos, armonizados, en una síntesis más elevada. Es justo el respeto de las ideas de justicia vigentes en los diversos países. Pero también es justo armonizar esas valoraciones nacionales a fin de crear un nuevo derecho común. Esta posibilidad es limitada, pues subsistirán valoraciones nacionales inconciliables. Pero aún valoraciones inconciliables en una época pueden conciliarse en otras.

Hay que enfatizar, en este orden de cosas, que la lucha de los países debe encaminarse hacia la realización de las soluciones uniformes más justas de los casos multinacionales. Sólo para estos casos adquiere fuerza de justificación suficiente la armonización y conciliación axiológicas que sustente la creación de un nuevo derecho común. Los casos multinacionales son el material estimativo en el cual se abren los diálogos entre las valoraciones nacionales de justicia. Sobre tal realidad casuística se construyen nuevas soluciones materiales consideradas por distintas sociedades nacionales como justas.

Ahora bien, la creación de soluciones generales directas y uniformes no garantiza, sin más, soluciones uniformes concretas de los casos, porque la aplicación por tribunales nacionales de aquellas soluciones convencionales

(59) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, pp. 13 y ss.

uniformes puede introducir la desunificación jurisprudencial de las soluciones concretas, con lo cual aparecerá una nueva problemática de conflictos, no de leyes, sino de jurisprudencias nacionales⁽⁶⁰⁾.

A fin de alcanzar la uniformidad concreta de las soluciones hemos de elevarnos a una perspectiva supranacional del método de creación. Si las soluciones generales uniformes fuesen aplicadas por tribunales internacionales con competencia específica, se garantizaría la uniformidad de la solución única de cada caso multinacional concreto en todos los territorios jurídicos a los cuales él se vincule.

También los árbitros pueden laudar soluciones concretas uniformes. Claro está que tal concreción de uniformidad sólo sería real si los interesados observasen espontáneamente el laudo.

Como se advierte, la voluntad de las partes juega un gran papel en la consecución de soluciones uniformes concretas de los casos, en virtud del cumplimiento voluntario de lo acordado. Hay una aguda observación del profesor Wilhelm Wengler que viene a iluminar el funcionamiento sociológico de lo que aquí llamamos la perspectiva supranacional del método de creación. Dice así, refiriéndose al cumplimiento espontáneo de lo acordado: "Cette exécution volontaire resultera rarement d'une décision entièrement libre de toute consideration des conséquences possibles d'une non-exécution. Il existe en effet diverses possibilités de contrainte. S'il s'agit de contrats faisant obligation a chacune des parties de fournir des prestations pour une assez longue durée, cette réciprocité, a elle seule, entraînent le plus souvent une contrainte dont les effets peuvent équivaloir a la crainte d'une saisine de tribunaux nationaux et d'une exécution forcée par contrainte étatique. Une pression efficace peut également résulter, pour la partie qui rompt l'accord, du danger de perdre le capital de confiance nécessaire a la conclusion de nouveaux contrats a l'avenir"⁽⁶¹⁾.

b) Métodos de análisis y de comparación en la norma material

El método de creación es característico de la norma material así como el de elección caracteriza a la norma de conflicto. Pero el método de creación resulta también precedido por el método de análisis que describe típicamente las situaciones jurídicas multinacionales regulables directamente sobre la base del método de creación.

Tanto en las normas materiales nacionales cuanto en las convencionales o consuetudinarias es preciso definir con exactitud los casos multinacionales regulables. Así se construyen los supuestos típicamente multinacionales⁽⁶²⁾.

Además, tanto la adaptación de los derechos materiales diversos aplicables al caso como la creación de un nuevo derecho internacional privado material y uniforme especialmente adaptado a los casos en convenios internacionales suponen una previa metodología comparativa de los principios y las normas vigentes en los derechos privados nacionales.

(60) Paul Lagarde, *Les interprétations divergentes d'une loi uniforme donnent-elles lieu à un conflit de lois?*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1965, pp. 235-251.

(61) *Immunité législative des contrats multinationaux*, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1971, p. 656.

(62) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, cit. p. 611.

3) La norma de policía y sus fundamentos metodológicos

a) Método de autolimitación

La norma de conflicto elige indeterminadamente el derecho nacional o un derecho extranjero como aplicable al caso. Así, v.gr., elige el derecho del lugar de celebración de un acto. Si dicho lugar está en el territorio nacional en el caso concreto resultará aplicable el derecho nacional, si está en el extranjero será aplicable el derecho extranjero del lugar de celebración. En cambio la norma de policía autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional. Tal autolimitación se hace mediante la exclusiva referencia a circunstancias que vinculan el caso al derecho nacional propio. Un ejemplo se halla en el art. 604 de la ley de la navegación argentina 20.094 según el cual las disposiciones de la ley 20.094 sobre responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje, "se aplican a todo contrato de transporte de personas por agua celebrado en la República o cuyo cumplimiento se inicie o termine en puerto argentino, sea el buque nacional o extranjero, o cuando sean competentes para entender en la causa los tribunales argentinos". He aquí las circunstancias que vinculan el caso al derecho argentino. Si alguna se verifica, alternativamente, la responsabilidad del transportador queda exclusivamente regida por el derecho argentino⁽⁶³⁾.

Tales normas no proceden metodológicamente a la elección de un derecho competente indeterminado y sólo determinable con la aparición de las conexiones espaciales del caso concreto. La eventual aplicabilidad de un derecho extranjero queda excluida, así como la voluntad diversa de las partes. Estas normas son exclusivas⁽⁶⁴⁾ porque excluyen toda otra regulación de la material. Sólo se ocupan de autolimitar la esfera de aplicación espacial exclusiva del derecho material propio, sin determinar las circunstancias que puedan hacer competente a un derecho extranjero.

Los fundamentos que puedan justificar tal exclusivismo del derecho material propio radican en la consideración del carácter *insustituible* de ciertas normas materiales internas para proteger determinados intereses nacionales. Trátase de una concepción de orden público que considera determinadas normas internas absolutamente necesarias para salvaguardar dichos intereses. Tal necesidad justifica su exclusividad. Y consiguientemente, la exclusión inflexible de cualquier normativa diferente. Puede decirse que la autolimitación del derecho propio se alcanza mediante una elección (autoelección) *invariable* del derecho local⁽⁶⁵⁾.

b) Método de análisis y de comparación en la norma de policía

La norma de policía se caracteriza por su método de autolimitación del derecho material propio. Pero dicha autolimitación se establece a través del análisis de las circunstancias vinculantes al propio país que el caso multinacional pueda presentar, considerando irrelevantes las vinculaciones extranjeras del mismo

(63) *Ibidem*, pp. 613 y ss.

(64) Kegel las llama *Exclusivsätze*, *Internationalis Privatrecht*, cit. p. 87.

(65) V. nuestro *Derecho Internacional Privado*, pp. 18, 45 y ss., 77 ss., 155 y ss.

Así el art. 604 de la ley 20.094 contiene una norma de policía cuyo tipo legal describe el caso multinacional y las circunstancias que lo vinculan al país. El análisis de dichos elementos localizados hipotéticamente en la Argentina conduce a la sumisión del caso al derecho argentino. Desestimase la relevancia de otros elementos cuya eventual extranjería no conmueve la argentinización, si podemos expresarnos así, del caso. No interesa que el buque sea extranjero, ni que el domicilio del transportador o su agente sean extranjeros. Tampoco cuenta que en otros países el caso se someta a otro derecho. La armonía internacional de la solución del caso no preocupa al autor de la norma de policía. Una norma como la del art. 604 de la ley 20.094 nunca podría erigirse en norma de validez universal para los Estados por las diversas alternativas que justifican la aplicación de la "lex fori".

Es de suponer que el legislador haya comparado, antes de adoptar una norma de policía, el contenido de los derechos extranjeros que juzgará implícitamente excluidos al instaurar una norma "exclusiva". Pero también cabe pensar que juzgando tan insustituible el derecho propio, ni siquiera lo compare con otros foráneos. Frente a normas de policía, ni los jueces ni las partes deben atender otro derecho que el indicado por dichas normas. Nada deben comparar. Pero esto es así sólo desde el ángulo visual de la jurisdicción del país que ha dictado la norma de policía. Nuestra tesis considera que esta óptica puede ser insuficiente ante la realidad de los casos multinacionales totales.

III

EL SISTEMA NORMATIVO

A) *Concurrencia de normas*

1) *Consideración general*

El conjunto de normas fragmentarias requeridas para resolver el caso configura la norma completa⁽⁶⁶⁾.

Es posible que al mismo caso jusprivatista multinacional puedan serle aplicables varios tipos legales de sus respectivas normas de derecho internacional privado. Ahora bien, esos diversos tipos legales concurrentemente aplicables al caso pueden ordenar una sola consecuencia jurídica o distintas. Si ordenan exactamente la misma consecuencia jurídica, ésta aparece fundada múltiplemente por varias normas jurídicas. No existe aquí desplazamiento de normas, sino aplicación acumulativa de ellas. Es lo que ahora ocurre con los arts. 1209 del C. Civil y el art. 3 de la ley 20.744, sobre contrato de trabajo, modificada por la ley 21.297. Los contratos de trabajo, celebrados en la Argentina o fuera de ella, que deban cumplirse en la República, se rigen por la ley 21.297, del lugar de ejecución del contrato.

Si, en cambio, las normas ordenan distintas consecuencias jurídicas, existen diversas posibilidades. Una es la aplicación de las dos normas jurídicas conjuntamente, produciéndose tanto las consecuencias jurídicas de una norma

(66) Goldschmidt, *Introducción filosófica al Derecho*, 4ª ed., cit. N° 308, p. 301.

como las de la otra norma. Creo que pueden aplicarse acumulativamente en ese sentido los arts. 1210 y 1208 del C. Civil. También es posible una aplicación alternativa de normas, pudiendo las partes elegir entre las consecuencias jurídicas de diferentes tipos legales. Así, creo que las partes pueden dejar que sus contratos multinacionales se rijan por los arts. 1209 ó 1210, o bien pueden elegir ellas un derecho aplicable al contrato fundándose en la norma de derecho internacional privado argentino que autoriza a las partes para obrar aquella elección (norma de conflicto o en blanco).

Pero es posible que sólo una de las dos normas deba aplicarse. Ello ocurre si las consecuencias jurídicas son recíprocamente excluyentes. En este supuesto se plantea el verdadero conflicto entre normas de derecho internacional privado distintas, que sólo puede resolverse dando preferencia a una de ellas. Una norma es aplicable cuando, según su sentido, que habrá de investigarse mediante la interpretación, desplace a las otras o a la otra. Desde otro ángulo visual, una norma es aplicable sólo para el caso de que la otra no sea aplicable, esto es, que sea "subsidiariamente" aplicable.

Es decisivo, pues, determinar la concurrencia acumulativa de normas distinguiéndola de la concurrencia excluyente de normas. Es tarea propia de la interpretación, determinación e integración de las normas. Así, parece razonable entender que si el legislador ha formulado un tipo legal específico frente a otro genérico, ha querido regular la consecuencia jurídica del caso captado en el tipo específico de otro modo distinto y especial del modo en que ha regido los restantes en las consecuencias jurídicas de los tipos generales. Ahora bien, si las consecuencias jurídicas de los tipos generales y especiales son en rigor excluyentes e incompatibles, no puede aplicarse sino la ordenada para el especial, porque allí el legislador ha evidenciado una voluntad concreta de excepcionar la consecuencia general. En cambio, si la consecuencia jurídica del tipo específico puede aplicarse junto a la consecuencia del tipo genérico, no hay incompatibilidad de consecuencias jurídicas. Aquí, aunque existe especialidad de regulación, no hay exclusividad de regulación, pues la consecuencia especial no va ordenada en lugar de la general sino junto a ésta. La consecuencia especial es entonces tan sólo complementaria de la general. No, en cambio, sustitutiva de la general.

Así, v.gr., los arts. 138 y 139 del C. Civil, que constituyen tipos específicos de la capacidad de hecho —sólo rigen la mayoría de edad o la emancipación—, complementan específicamente la consecuencia jurídica general de los arts. 6 y 7 del C. Civil. La capacidad de hecho se rige por la ley domiciliaria, pero no en lo relativo a la mayoría de edad o emancipación que se rige por las normas materiales específicas de aquellos artículos. Es cierto que en los aspectos especiales de la mayoría o emancipación quedan exclusivamente regulados por dichas normas materiales de derecho internacional privado; pero junto a estas consecuencias especiales es dable aplicar también y acumulativamente la ley domiciliaria para los aspectos extraños a la mayoría y emancipación. Por tanto, en cuanto reguladora de los aspectos especiales señalados, las normas materiales son excluyentes de las normas de conflicto conducentes a la ley domiciliaria. El método analítico se muestra otra vez aquí decisivo en tanto ha sido seguido por el legislador y en tanto nuestra interpretación deba desentrañar su exacto deslinde de aspectos regulables.

La disolución de un matrimonio celebrado en la República Argentina en un país extranjero, se rige específica y excluyentemente por el art. 7 de la

ley matrimonial argentina y, por tanto, sólo por el derecho argentino. Ello deja a salvo el problema distinto de la disolución en país extranjero de un matrimonio no celebrado en la República Argentina. La norma de policía del art. 7 es específica y su consecuencia jurídica excluye toda otra regulación. En lo especial hay exclusión de regulaciones complementarias y desplazamiento de consecuencias jurídicas generales. En el problema analizado, la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado sin fraude en el extranjero se rige por el derecho, la probable sentencia del juez extranjero con jurisdicción internacional según los arts. 104 de la Ley Matrimonial, y la jurisprudencia de la Corte en los casos "Vlasov" y "Hobke v. Neidig"⁽⁶⁷⁾. He aquí la consecuencia general, pero desplazada por la norma de policía cuyo tipo específico contempla sólo matrimonios celebrados en la Argentina. Pero no es la relación lógico-formal de especialidad el último fundamento del desplazamiento o exclusión, sino en el fondo la conexión teleológica de las normas en concurrencia, queda la última "ratio" de la exclusión o desplazamiento. Es diáfano ello en el art. 7 de la Ley de Matrimonio Civil. El fin de esta norma de policía es la defensa de la indisolubilidad de los matrimonios argentinos.

Con lo expuesto podríamos ahora asentar como tesis que las normas de conflicto contienen tipos legales y consecuencias jurídicas generales en el derecho internacional privado argentino, tanto de fuente nacional como internacional. Pero no generales sólo en el sentido de lo futuro⁽⁶⁸⁾, sino en su relación a lo específico. Género y especie se refieren en este orden de ideas a la materia regulada: los casos o aspectos de ellos configurativos del *thema* propio del derecho internacional privado. Ello significa que las normas de conflicto regulan el campo más amplio de la materia; en rigor tienen virtualidad normativa total a no ser por las excepciones que en determinadas materias específicas se establecen mediante normas materiales y de policía.

En la materia específica que regulan, las normas materiales y de policía son exclusivas y excluyen a las normas de conflicto, porque las consecuencias jurídicas de las normas de conflicto pueden remitir la solución del caso a un derecho extranjero cuyo contenido concreto para la decisión del caso el legislador forzosamente ignora y, por tanto, no puede juzgarse compatible con las consecuencias jurídicas materiales de las normas de esta índole ni con las consecuencias jurídicas de las normas de policía, cuya remisión es siempre al derecho propio del legislador, que al momento de dictar las normas de policía está en condiciones de conocer concretamente. Ya se han expuesto los fundamentos que pueden justificar ambas clases de normas excepcionales dentro del derecho internacional privado. No ha de perderse de vista la pauta interpretativa según la cual toda excepción legal debe entenderse restrictivamente, pues ha de suponerse que el legislador quiso limitar lo menos posible el ámbito de aplicación de las normas de conflicto. Es lo que acontece con el art. 124 de la ley de sociedades 19.550, cuya interpretación restrictiva se justifica en razón de ser norma de policía. Tal art. 124 desplaza la norma de conflicto general del art. 118, primer párrafo.

Las normas de policía específicas pueden aplicarse permitiendo la aplicación acumulativa de una norma de conflicto. Así, v.gr., las normas de

(67) Art. 104 de la Ley Matrimonial y la Jurisprudencia de la Corte en los casos "Vlasov" y "Hobke v. Neidig".

(68) Goldschmidt, *Introducción filosófica al derecho*, cit. N° 213, p. 209.

policía que establecen determinados impedimentos dirimentes específicos como aplicables a la validez del matrimonio admiten la complementaria aplicación acumulativa de la norma de conflicto que somete la validez del matrimonio en general a la ley del lugar de celebración (art. 2, ley 2393).

2) *Concurrencia de normas de conflicto*

Frecuentemente la solución de un caso requiere la aplicación concurrente de diversas normas de conflicto. Así, pues, en un contrato internacional debe aplicarse a la capacidad de derecho y de hecho de las partes sus respectivos derechos domiciliarios (arts. 6, 7, 948 cód. civ.), a su forma el derecho elegido por las partes o el derecho que rige el fondo reglamentado, a su vez, por el derecho del lugar de celebración (arts. 1211, 950, 12 cód. civ.), a su validez sustancial, naturaleza y obligaciones el derecho elegido por las partes (art. 1 C. Proc. Nac., arts. 1209, 1210 y 1212 cód. civ.) o el derecho del lugar de cumplimiento (arts. 1209, 1210, 1212 y 1213 cód. civ.) o el derecho del lugar de celebración (art. 1205 cód. civ.) o los derechos domiciliarios de los deudores a sus obligaciones respectivas (art. 1214 cód. civ.). Aquí se trata de una aplicación complementaria de normas de conflicto⁽⁶⁹⁾.

3) *Concurrencia de normas de conflicto y de policía*

Pueden también concurrir una norma de policía y una norma de conflicto. Así el art. 604 de la ley 20.094 se aplica inmediatamente a la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje en las circunstancias que contempla dicha norma de policía. Empero, es de advertir que no todos los aspectos del contrato de transporte de personas por agua se hallan regulados por la norma referida que sólo alcanza a la responsabilidad del transportador. En tales condiciones, careciendo la ley 20.094 de norma de conflicto sobre transporte de personas —ya que sólo trae la norma de policía del art. 604— cabe aplicar analógica y complementariamente con el art. 604 el art. 26 del Tratado de Derecho Comercial de la Navegación de Montevideo de 1940 que somete el contrato de transporte de personas al derecho del puerto de desembarque. El art. 26 citado se aplica a los restantes aspectos del contrato ajenos a la responsabilidad del transportador exclusivamente regida por el art. 604. La norma de policía es exclusivamente aplicable en la materia que regula. En el caso, la responsabilidad del transportador cuya regulación queda excluida de la norma de conflicto general.

4) *Desplazamiento de normas de conflicto por normas de policía*

Una norma de policía puede *excluir íntegramente* la aplicación de una norma de conflicto. Así, v.gr., el art. 124 de la ley 19.550 desplaza totalmente

(69) Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado*, Nº 12, p. 9; nuestro *Derecho Internacional Privado*, pp. 457 a 495.

al art. 118 primera parte de la misma ley cuando aparecen configuradas las hipótesis típicas del art. 124. Esta norma de policía específica excluye a la norma de conflicto que somete el estatuto personal de la sociedad a la ley de su constitución⁽⁷⁰⁾.

5) *Concurrencia de normas materiales y de conflicto*

Una o varias normas materiales pueden aplicarse concurrente y complementariamente con normas de conflicto. En un contrato de transporte terrestre internacional pueden aplicarse complementariamente las normas materiales creadas por la autonomía de las partes, la norma material legal sobre prescripción del art. 855 inc. 2º del cód. com. arg. y las normas de conflicto que determinan el derecho aplicable a las restantes cuestiones no regidas por normas materiales⁽⁷¹⁾.

6) *Concurrencia de normas de policía, materiales y de conflicto*

También es dable una concurrencia complementaria de normas de policía de aplicación exclusiva en el aspecto que regulan, de normas materiales y de normas de conflicto. Así por ejemplo la norma completa puede configurarse en un contrato internacional de préstamo celebrado entre una empresa local de capital extranjero y la "empresa que directa o indirectamente la controle u otra filial de esta última", rigen las normas de policía del art. 20 de la ley 21.382 de los arts. 35 y 76 del decreto reglamentario 283/77; las normas materiales creadas por la autonomía de las partes y complementariamente la norma de conflicto que indicara el derecho subsidiariamente aplicable. Tal norma de conflicto puede originarse en la autonomía conflictual de las partes que eligen el derecho aplicable o en la ley que lo elige a falta de tal elección de partes⁽⁷²⁾.

B) *Carencia de normas*

1) *Causas de carencia*

La carencia normativa puede obedecer a la imprevisión del legislador. Así, el decreto-ley 5965/63 carece de normas de derecho internacional cambiario⁽⁷³⁾. También puede deberse a la imprevisibilidad del caso por el legislador. El autor del Código Civil no pudo prever el transporte aéreo internacional. Es también imprevisible la inadaptación de los diferentes derechos

(70) Nuestro *Derecho Internacional Privado*, pp. 369 a 383.

(71) *Ibidem*, pp. 598 a 610.

(72) *Ibidem*, pp. 114 y ss. En general hemos considerado la aplicación complementaria de normas de conflicto, materiales y de policía en los distintos capítulos del libro.

(73) *Ibidem*, pp. 829 y ss.

materiales aplicables en virtud de la aplicación concurrente de normas de conflicto reglamentarias.

Tal inadaptación puede conducir a una carencia estricta por contradicción lógica de los derechos aplicables o a la carencia de una norma completa sustancialmente justa aunque de posible aplicación.

Además, la carencia puede motivarse en una voluntad deliberada de no regular un problema, como ocurrió con la regulación de las obligaciones internacionales en el Código Civil Alemán⁽⁷⁴⁾. En ciertas Convenciones internacionales que unifican normas materiales de derecho internacional privado suele aparecer limitada la voluntad de reglar sólo ciertos aspectos de los contratos internacionales⁽⁷⁵⁾.

En supuestos excepcionales las normas legales aplicables requieren una equitativa corrección que las torna conciliables con los principios de la Constitución Nacional como acontecía en el célebre caso Vlasov⁽⁷⁶⁾. Otro tanto podría acaecer por aplicación de la injusta norma de policía que consagra el art. 3 de la ley de matrimonio civil. Si las leyes de la República aplicadas a los derechos y las obligaciones personales de un matrimonio domiciliado en el extranjero "mientras permanezcan en ella" modificase irrazonablemente el régimen de los efectos personales de tal matrimonio extranjero, cabría la derogación equitativa de la norma que en sí misma es injusta, pues somete a la ley argentina los efectos personales del matrimonio extranjero por la sola circunstancia, efímera y sin suficiente virtualidad localizadora, de la "permanencia" en el país. Dicha sumisión podría defraudar las razonables expectativas de los cónyuges y su derecho de defensa de los derechos y la persona (art. 18 C. N.).

2) *Elaboración de normas*

Ante una situación de carencia normativa para resolver un caso iusprivatista multinacional no cabe recurrir a la aplicación analógica de normas de policía ni de normas materiales nacionales, pues siendo estas normas de naturaleza especial, carecen de vocación para regir más cuestiones que las contempladas en sus tipos legales.

Y ello se explica en razón del fin y los principios del derecho internacional privado. No es posible perseguir uniformidad y armonía internacional de soluciones mediante la elaboración unilateral de normas materiales o de policía que conducirían a un creciente enclaustramiento nacional. No es dable esperar que tales normas puedan recibir acogimiento internacional. De modo que no sería enderezada al fin de uniformidad la elaboración analógica de tales normas. Ha de considerarse que el legislador nacional sólo como excepción y por razones particulares acude justificadamente a dictar aquellas normas.

En este punto resulta fundamental observar que la función integradora del derecho internacional privado está a cargo de tribunales nacionales. No

(74) *Ibidem*, p. 113.

(75) *Ibidem*, pp. 153 y ss.

(76) *Ibidem*, pp. 253 y ss.

cabe pues una elaboración de normas materiales desde una perspectiva unilateral. Otra sería la conclusión si un tribunal internacional elaborase las normas carentes. Sería adecuada entonces la creación de nuevas normas materiales específicas por dicho tribunal.

Consiguientemente, sólo se justifica el recurso a la elaboración analógica de normas de conflicto por tribunales nacionales. Y en subsidio, a la elaboración basada en los principios fundamentales del derecho internacional privado.

Ante la carencia de norma vigente en la fuente nacional cabe aplicar la norma que regule el caso más análogo en la misma fuente interna (v.gr., cód. civ.), el mismo caso en las fuentes internacionales (v.gr., la aplicación de las normas sobre letra de cambio del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de Montevideo de 1940 para colmar la laguna del decreto-ley 5965/63) o el caso más análogo en las fuentes internacionales.

En las carencias de normas que se advierten en tratados internacionales hay que interpretar dichas carencias como voluntad negativa de los Estados contratantes de no reglar sino aquellos casos efectivamente normados convencionalmente. Por ello, los casos no reglados en la fuente internacional deben resolverse por aplicación directa o analógica de las normas de fuente interna.

IV

AMBITOS JURISDICCIONALES

A) Jurisdicción internacional argentina y reconocimiento o ejecución de sentencias o actos del Estado argentino en el extranjero

En los casos parcialmente multinacionales susceptibles de solucionarse eficazmente en el ámbito de la jurisdicción estatal argentina no será necesario el reconocimiento o ejecución de la decisión argentina en el extranjero, pues la solución del caso será íntegramente realizable en la esfera jurisdiccional del país. En estos casos la jurisdicción argentina es autosuficiente para imponer la solución, aún cuando dicha solución se funde en un derecho extranjero considerado aplicable en jurisdicción argentina en virtud de una norma de conflicto que lo elija. Lo importante es que la decisión argentina será autosuficiente porque la localización de las personas, conductas o bienes afectados por dicha decisión, es Argentina.

Algo muy distinto ocurre cuando los casos son totalmente multinacionales, esto es, sólo susceptibles de solución uniforme mediante la coordinación de decisiones en una pluralidad de jurisdicciones estatales. En dichos casos surgen problemas de mayor gravedad.

En primer lugar se suscita la cuestión relativa a la existencia o no de jurisdicción internacional argentina para decidir el caso, pues relacionándose éste también con otras jurisdicciones estatales podría considerarse insuficiente su vinculación con el país para atribuirle jurisdicción internacional. Además,

admitiendo la existencia de jurisdicción argentina, surge el problema de la exclusividad de nuestra jurisdicción internacional (v.gr., caso Vlasov) o de su mera concurrencia con otras extranjeras (v.gr., arts. 1215 y 1216 cód. civ arg.).

Ahora bien, tanto en la hipótesis de jurisdicción internacional argentina exclusiva cuanto en los supuestos de concurrencia, se plantea en los casos totalmente multinacionales la cuestión de la uniformidad o armonía internacional de las decisiones. Es verdad que un país, por diversas razones, puede desoír las decisiones extranjeras sobre el caso. Pero ello no hace desaparecer el problema subsistente de decisiones nacionales contradictorias sobre el mismo caso y, consiguientemente, la eventual frustración del fin del derecho internacional privado. Desde otro ángulo visual, las partes, interesadas en la solución del caso en todas las jurisdicciones estatales conexas al mismo, no podrán ciertamente prescindir de una prudente consideración de las decisiones adoptadas en cada jurisdicción estatal con efectividad sobre la controversia. Mientras los países pueden adoptar una óptica puramente nacional y unilateral del caso, las partes no pueden limitarse a igual visión porque sus intereses serán inexorablemente afectados por una pluralidad de decisiones nacionales uniformes o contradictorias. En atención a esta circunstancia, los países tampoco pueden desentenderse, en justicia, de la exigencia de uniformidad. Sin embargo, las concepciones fundamentales de orden público pueden exceptuar la efectividad de tal exigencia de decisiones uniformes.

En tal orden de ideas, cuando una decisión argentina necesite ser reconocida o ejecutada, así sea parcialmente, en una jurisdicción extranjera, aquella decisión no puede adoptarse con absoluta prescindencia de las probabilidades de reconocimiento o ejecución requeridas según el derecho extranjero de los lugares en que tales reconocimiento o ejecución deban prestarse.

El estudio de dichas probabilidades se hará con miras a armonizar las soluciones del derecho internacional privado argentino y extranjero vinculadas al caso. Los resultados serán frecuentemente de armonía relativa según hemos tenido ocasión de investigar en materia de herencia, sociedades y concursos.

Lo importante será configurar la decisión nacional armonizándola hasta donde sea posible con las probables decisiones que habrán de adoptarse en jurisdicciones extranjeras efectivas. A tal fin será necesario estudiar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y actos estatales extranjeros en orden a establecer la probable extraterritorialidad de la decisión argentina.

B) Jurisdicción internacional extranjera y reconocimiento o ejecución de sentencias o actos de Estados extranjeros en la Argentina

Análoga problemática surge cuando una decisión adoptada en el ámbito de una jurisdicción extranjera necesita de reconocimiento o ejecución en la Argentina para solucionar una controversia totalmente multinacional. Es frecuente que una sentencia de divorcio se presente para su reconocimiento en jurisdicción argentina a fin de posibilitar la celebración de un nuevo matrimonio válido en el país o para sostener las validez de un matrimonio ya celebrado en el extranjero luego de la sentencia de divorcio. Dichos recono-

cimientos argentinos serán necesarios porque las partes querrán vivir en la República. Resultaría superfluo enunciar hipótesis de reconocimientos necesarios. Otro tanto acontece cuando una sentencia foránea pretende ejecutarse parcial o totalmente ordenando conductas a cumplirse en el país o afectando bienes localizados en jurisdicción argentina. También podría tratarse de la eficacia de reconocimiento o ejecución de actos administrativos de un Estado extranjero en la Argentina. En tanto dichos actos afecten la solución de un caso iusprivatista multinacional deben considerarse en el derecho internacional privado. Así puede presentarse la hipótesis disolución de sociedades comerciales nacionalizadas por un acto de Estado extranjero.

El derecho extranjero no sólo se extraterritorializa mediante la aplicación por el juez nacional del derecho foráneo. También se extraterritorializa a través del reconocimiento por el juez nacional de sentencias y actos de Estados extranjeros fundados en derecho extranjero. Consiguientemente, dichas decisiones forneas en tanto resuelven casos iusprivatistas multinacionales vinculados a la jurisdicción argentina deben integrar el ámbito conceptual del derecho internacional privado. Por cierto no cuadra aquí un desarrollo detallado del sistema argentino sobre reconocimientos y ejecución de sentencias y actos de Estados extranjeros. Sólo interesa fundar su incidencia en el concepto del derecho internacional privado en el sentido antes expuesto.

Cabe sin embargo destacar que en la Argentina los reconocimientos examinados no dependen de que las autoridades extranjeras adopten normas de conflicto idénticas a las vigentes en el derecho internacional privado argentino. Así, por ejemplo, si en una sentencia extranjera se elige como aplicable a un contrato internacional el derecho del lugar de su celebración cuando al mismo contrato se aplicaría el derecho del lugar de cumplimiento en virtud de la norma de conflicto argentina, tal divergencia de normas de conflicto no obsta al reconocimiento de la sentencia en la República (art. 517 C. Proc. Nac.).

En tales condiciones, es diferente el régimen para la solución directa de controversias en jurisdicción argentina del régimen para las soluciones indirectas a través del reconocimiento o ejecución de decisiones extranjeras en jurisdicción argentina. Pero ambos, en tanto solucionan casos iusprivatistas multinacionales, deben quedar comprendidos en el concepto del derecho internacional privado.

C) Las soluciones de los casos en el ámbito de una jurisdicción estatal, de una pluralidad de jurisdicciones estatales o de una jurisdicción internacional

Según lo expuesto resulta necesario determinar en cada caso el ámbito jurisdiccional en que eventualmente habrá de solucionarse. Es verdad que no todos los casos, felizmente, llegan a los estrados de tribunales estatales. Pero ello no excluye la eventual intervención de dichos tribunales. Ahora bien, tal eventualidad debe necesariamente considerarse en todo prudente dictamen sobre la decisión de la controversia.

La grave trascendencia de la jurisdicción internacional en orden a la solución definitiva de los casos se manifiesta en que cada jurisdicción estatal puede adoptar —y generalmente adopta— un particular sistema normativo

destinado a realizar aquellas soluciones integrado por normas de conflicto, materiales y de policía. Ello significa que la determinación de la jurisdicción internacional de los tribunales de un Estado será *cuestión condicionante* de la adopción de tal o cual sistema normativo destinado a decidir la controversia.

ANTONIO BOGGIANO

DOCUMENTOS

Discurso de S. S. Juan Pablo II al Tribunal de la Sacra Rota Romana, 4 de febrero de 1980:

El veros reunidos en torno a mí, queridos hijos, para la inauguración del año judicial, es motivo de alegría y consuelo para mi espíritu, como lo es asimismo haber escuchado de vuestro dignísimo decano, mons. Heinrich Ewers, la ratificación de los sentimientos de gratitud de todos. También yo os doy las gracias de corazón y os reitero los sentimientos de afecto que ya manifesté a cada uno de vosotros en la visita a que ha aludido mons. Decano.

Textos bíblicos sobre los tiempos mesiánicos

1. Como sabéis, el 8 de diciembre hice público mi Mensaje para la celebración de la XIII Jornada Mundial de la Paz, cuyo contenido se compendia en estas palabras: "La verdad, fuerza de la paz". En esta ocasión quisiera detenerme con vosotros en el desarrollo de un aspecto particular del mismo tema que tiene estrecha vinculación con vuestro ministerio.

La verdad no llega a ser fuerza de la paz si no es a través de la justicia. Hablando de los tiempos mesiánicos, la Sagrada Escritura afirma por una parte que la justicia es fuente y compañera de la paz: "Florecerá en sus días la justicia y habrá mucha paz" (Sal 72, 7); y por otra, resalta repetidamente el vínculo que une la verdad a la justicia: "Brotó de la tierra la verdad y la justicia mira desde lo alto de los

cielos" (Sal 85, 12); y también: "Regirá el mundo con justicia y a los pueblos con la verdad" (Sal 96, 13). Inspirándose en éstos y otros textos de los Libros Sagrados, teólogos y canonistas medievales y modernos llegan a afirmar que la justicia tiene una cierta relación de dependencia respecto de la verdad. "Veritas —declara un famoso axioma canónico— est basis, fundamentum seu mater iustitiae" (A. Barbosa, *De axiomatibus Iuris usufrequentioribus, Axioma*, 224, Veritas, núm. 5; in *Tractatus varii, Lugduni 1678*, pág. 136); y del mismo modo se han expresado los teólogos empezando por Santo Tomás (S. Th., pág. 1, q. 21, a. 2, c.), cuyo pensamiento sintetizó Pío XII al afirmar con fuerza que "la verdad es la ley de la justicia", y comentando seguidamente: "El mundo tiene necesidad de la verdad que es justicia y de la justicia que es verdad" (Alocución a la Sacra Rota Romana, 1 de octubre de 1942; AAS 34, 1942, 342, núm. 5).

Reflexiones sobre los procesos matrimoniales de nulidad

2. Ciñéndome al campo propiamente vuestro, en todos los procesos eclesiásticos la verdad debe ser siempre desde el comienzo hasta la sentencia, fundamento, madre y ley de la justicia. Y puesto que el objeto prevalente de vuestra actividad es "la nulidad o no del vínculo matrimonial" —como acaba de afirmar mons. Decano—, en este momento me ha parecido oportuno dedicar algunas reflexiones sobre los procesos matrimoniales de nulidad.

Finalidad inmediata de estos procesos es comprobar si existen factores

que por ley natural, divina o eclesiástica, invalidan el matrimonio; y llegar a emanar una sentencia verdadera y justa sobre la pretendida inexistencia del vínculo conyugal.

Por tanto, el juez canónico establecerá si el matrimonio celebrado ha sido verdadero matrimonio. Está, pues, vinculado por la verdad que trata de indagar con empeño, humildad y caridad.

Y esta verdad "hará libres" (Jn 8, 32) a quienes acuden a la Iglesia angustiados por situaciones dolorosas y, sobre todo, por la duda de si existió o no existió esa realidad dinámica y que abarca toda la personalidad de dos seres, que es el vínculo matrimonial.

Para limitar al máximo los márgenes de error en el cumplimiento de un servicio tan precioso y delicado como el vuestro, la Iglesia ha elaborado un procedimiento que al tratar de descubrir la verdad objetiva, por una parte asegure mayores garantías a la persona cuando sustenta las propias razones; y por otra, respete coherentemente el mandamiento divino "Quod Deus coniunxit, homo non separet" (Mc 10, 3).

Todas las actas de un proceso
pueden y deben
ser fuentes de verdad

3. Todas las actas del juicio eclesiástico, desde la demanda a las escrituras de defensa, pueden y deben ser fuentes de verdad; pero de modo especial deben serlo las "actas de la causa" y entre ellas, las de proceso de instrucción, pues el sumario tiene el fin específico de recoger las pruebas sobre la verdad del hecho que se afirma, a fin de que el juez pueda pronunciar sobre esta base, una sentencia justa.

A este propósito y por citación del juez, comparecerán las partes, los testigos y los peritos si los hay, para ser interrogados. El juramento de decir la verdad que se exige a todas estas personas está en coherencia perfecta con la finalidad del sumario; no se trata de dar vida a un acontecimiento que no ha existido jamás, sino de poner en evidencia y hacer valer un hecho acaecido en el pasado y que acaso perdura todavía en el presente. Claro está que cada una de estas personas dirá "su" verdad, que normalmente será la verdad objetiva o una parte de ésta, consideradas frecuentemente desde distintos puntos de vista, coloreada con el tinte del temperamento propio y hasta quizá con alguna alteración, o también mezclada con errores; pero en cualquier caso todos deberán actuar lealmente sin traicionar la verdad que ellos creen objetiva, ni tampoco la propia conciencia.

Integridad moral y esfuerzo leal
para descubrir la verdad

4. Alejandro III hacía notar en el siglo XII: "Saepe contingit quod testes, corrupti praetio, facile inducantur ad falsum testimonium proferendum" (c. 10, X, De praesumptionibus, 11, 23; ed. Richter - Friedberg, II, 355). Por desgracia, tampoco hoy están inmunes los testigos de la posibilidad de prevaricar. Por ello, Pío XII en la alocución sobre la unidad de fin y acción de las causas matrimoniales exhortaba no sólo a los testigos sino a todos los que toman parte en el proceso, a no apartarse de la verdad: "No suceda nunca que se den engaños, perjurios, sobornos o fraudes del tipo que fuere, en las causas matrimoniales ante tribunales eclesiásticos" (Alocución a la Sacra Rota Romana, 2 de octubre de 1944; AAS 35, 1944, 282).

Porque si ocurriese esto, el sumario no sería ciertamente manantial limpi-

do de verdad, y podría inducir a error a los jueces cuando pronuncian la sentencia, no obstante su integridad moral y su esfuerzo leal por descubrir la verdad.

5. Terminada la fase instructoria, comienza la etapa más comprometida y delicada del proceso para cada uno de los jueces que deberán decidir la causa. Cada uno debe llegar, si ello es posible, a tener certeza moral de la verdad o existencia del hecho, pues esta certeza es requisito indispensable para que el juez pronuncie la sentencia, primero en su corazón por así decir, y después dando su voto en la reunión del colegio que juzga.

De la certeza moral
a la sentencia

El juez deberá alcanzar tal certeza "ex actis et probatis". Sobre todo "ex actis" pues hay que presumir que las actas son fuente de verdad. Por ello y siguiendo la norma de Inocencio III, el juez "debet universa rimari". "Iudex... usque ad prolationem sententiae debet universa rimari" (in c. 10, X, De fide instrumentorum, II, 22; ed. Richter-Friedberg, II, 352); es decir, debe escrutar cuidadosamente las actas sin que se le escape nada. Después "ex probatis", porque el juez no puede limitarse a dar crédito sólo a las afirmaciones; antes bien, deben tener presente que durante el proceso se puede ofuscar la verdad objetiva con sombras producidas por varias causas, como son el olvido de algunos hechos, la interpretación subjetiva de los mismos, el descuido, el dolo y el fraude a veces. Es necesario que el juez obre con sentido crítico. Tarea ardua porque los errores pueden ser muchos, mientras que la verdad en cambio es sólo una. Es necesario, por tanto, buscar en las actas las pruebas de los hechos declarados y pro-

ceder luego a la crítica de cada una de dichas pruebas, y confrontarlas con las otras, siguiendo así seriamente el grave consejo de San Gregorio Magno: "ne temere indiscussa iudicentur" (Moralium L., 19, c. 25, núm. 46; PL., vol. 76, col. 126).

A ayudar en esta obra delicada e importante de los jueces van encaminados el "memoriae" de los abogados, las "animadversiones" del defensor del vínculo, y el posible voto del promotor de justicia. También éstos deben servir a la verdad para que triunfe la justicia, cumpliendo así su deber, los primeros en favor de las partes, el segundo en defensa del vínculo, y tercero in jure inquirendo.

La verdad engendra la
sentencia justa

6. Pero es menester tener presente que el objetivo de esta investigación no es llegar a un conocimiento cualquiera de la verdad del hecho, sino alcanzar la "certeza moral", o sea, ese conocimiento seguro que "se apoya en la constancia de las leyes y costumbres que gobiernan la vida humana" (Pío XII, alocución a la Sacra Rota Romana, 1º de octubre de 1942; AAS 34, 1942, 339, núm. 1). Esta certeza moral da garantías al juez de haber descubierto la verdad del hecho que debe juzgar, es decir, la verdad fundamento, madre y ley de justicia, que por ello le da seguridad de poder —por este lado— dictar una sentencia justa. Y ésta es precisamente la razón porque la ley exige tal certeza en el juez para consentirle dictar la sentencia (can. 1869, párr. 1).

Aprovechando la doctrina y jurisprudencia desarrolladas sobre todo en tiempos más recientes, Pío XII declaró de modo auténtico el concepto canónico de certeza moral en la alocu-

ción dirigida a vuestro tribunal el 1º de octubre de 1942 (AAS 34, 1942, 339-343). He aquí las palabras que hacen al caso:

“Entre certeza absoluta y cuasi-certeza o probabilidad está como entre dos extremos la certeza moral, de la que de ordinario se trata en las cuestiones sometidas a vuestro foro . . . Del lado positivo, ésta se caracteriza por el hecho de excluir toda duda fundada o razonable, y considerada así se distingue esencialmente de la cuasi-certeza mencionada; por el lado negativo, deja en pie la posibilidad absoluta de su contrario, y en ello se diferencia de la certeza absoluta. La certeza de que hablamos ahora es necesaria y suficiente para dictar una sentencia” (ib., págs. 339-340, núm. 1).

Fidelidad a la ley

En consecuencia, a ningún juez le es lícito pronunciar sentencia a favor de la nulidad de un matrimonio si no ha llegado antes a la certeza moral de la existencia de dicha nulidad. No basta sólo la probabilidad para decidir una causa. Sería válido para cualquier concesión a este respecto cuanto se ha dicho con sabiduría de las demás leyes relativas al matrimonio: todo relajamiento lleva en sí una dinámica imperiosa, “cui, si mos geratur, divortio, alio nomine tecto, la Ecclesia tolerando via sternitur” (Carta del Cardenal Prefecto del Consejo para los Asuntos Públicos de la Iglesia al Presidente de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos de América del Norte, 20 de junio de 1973).

7. La administración de justicia confiada al juez es servicio a la verdad y, al mismo tiempo, ejercicio de una misión que pertenece al orden público. Porque al juez está confiada la ley “para su aplicación racional y

normal” (Pablo VI, alocución a la Sacra Rota Romana, 31 de enero de 1974, AAS 66, 1974, 87).

Es menester, por tanto, que la parte demandante pueda invocar a su favor una ley que en el hecho alegado encuentre un motivo suficiente por derecho natural o divino, positivo o canónico, para invalidar el matrimonio; a través de esta ley se pasará de la verdad del hecho a la justicia o reconocimiento de lo que es debido.

Por ello, son graves y múltiples los deberes del juez en relación con la ley. Aludo solamente al primero y más importante que, además, contiene en sí todos los otros: ¡la fidelidad! Fidelidad a la ley, a la divina, natural y positiva, y a la canónica sustancial y a la del procedimiento.

Fidelidad al Magisterio de la Iglesia

8. La objetividad típica de la justicia y del proceso que en la “quaestio facti” se concreta en la adhesión a la verdad, en la “quaestio iuris” se traduce en la fidelidad; conceptos éstos que tienen gran afinidad entre sí, como es obvio. La fidelidad del juez a la ley debe llevarle a hacerse uno con ella, de tal modo que pueda decirse con razón lo que escribía M. T. Cicerón, es decir, que el juez es la misma ley hablando: “magistratum legem esse loquentem” (De legibus, L. 3, n. I, 2; ed. de la Association G. Budé, París, 1959, pág. 82). Esta fidelidad será la que impulse al juez a adquirir el conjunto de cualidades que necesita para cumplir los otros deberes respecto de la ley: sabiduría para entenderla, ciencia para esclarecerla, celo para defenderla, prudencia para interpretarla en su espíritu más allá del “nudus cortex verborum”, ponderación y equidad cristiana para aplicarla.

Me es motivo de consuelo haber podido constatar que ha sido grande vuestra fidelidad a la ley de la Iglesia en medio de las circunstancias nada fáciles de los últimos años en que los valores de la vida matrimonial acertadamente iluminados por el Concilio Vaticano II y el progreso de las ciencias humanas, en especial la psicología y la psiquiatría, han hecho afluir a vuestro tribunal casos que parecen nuevos e impostaciones nuevas no siempre exactas de las causas matrimoniales. A vosotros se debe, después de una profundización seria y delicada de la doctrina conciliar y de las ciencias mencionadas la elaboración de las "quaestiones iuris" en las que habéis cumplido egregiamente vuestros deberes con la ley, separando lo verdadero de lo falso o aclarando lo que estaba confuso, como por ejemplo, volviendo a llevar no pocos casos presentados como nuevos al punto fundamental de falta de consenso. De esta manera habéis sustentado "a contrario" el magisterio espléndido de mi predecesor el Papa Pablo VI de venerada memoria, sobre el consenso en cuanto esencia del matrimonio (cfr. Alocución a la Sacra Rota Romana, 9 de febrero de 1976; AAS 68, 1976, 204-208).

Unidad e indisolubilidad del matrimonio

9. *Esta fidelidad os permitirá asimismo a vosotros, jueces, dar una respuesta clara y respetuosa a las cuestiones que se os someten, como exige vuestro servicio a la verdad; si el matrimonio es nulo y se lo declara tal,*

las dos partes quedan libres en el sentido de que se reconoce que nunca estuvieron realmente vinculadas; si el matrimonio es válido y se lo declara tal, se da constancia de que los cónyuges han celebrado un matrimonio que les compromete para toda la vida y les ha conferido la gracia específica para cumplir su destino en esta unión instaurada con plena responsabilidad y libertad.

El matrimonio uno e indisoluble, como realidad humana que es, no constituye algo mecánico o estadístico. Su éxito depende de la libre cooperación de los cónyuges con la gracia de Dios, de su respuesta al designio de amor de Dios. Si por faltar esta cooperación a la gracia divina, la unión quedase sin sus frutos, los cónyuges pueden y deben recuperar la gracia de Dios que les fue garantizada por el sacramento, y reavivar su compromiso de vivir un amor que no está hecho sólo de afectos y emociones, sino también y sobre todo de entrega recíproca, libre, voluntaria, total, irrevocable.

Es ésta la aportación que se os pide a vosotros, jueces, en el servicio a esa realidad humana y sobrenatural tan importante que es la familia, y que hoy está también rodeada de tantas asechanzas.

Pido para vosotros que Jesucristo, Sol de Verdad y Justicia, esté siempre con vosotros, para que las decisiones de vuestro tribunal reflejen siempre esa superior justicia y verdad que dimanen de vosotros. Es éste el deseo cordialísimo que os hago en la inauguración del nuevo año judicial, y lo acompaño con mi bendición apostólica.

NOTAS BIBLIOGRAFICAS

“LA UNIVERSIDAD”, por Bernardino Montejano (h). Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho. Gherzi Editor. 201 págs. Buenos Aires, 1979.

Es ésta una obra realmente interesante y seria, acerca de una institución poco tratada en la bibliografía nacional. El autor, a través de cuatro capítulos y un apéndice, desarrolla la temática universitaria, tanto desde la mira de la propia naturaleza de la institución y de su consecuente deber ser, cuanto desde un enfoque histórico general y sobre la concreta realidad de la Universidad Argentina.

En el Capítulo I, introductorio, se ubica a la Universidad en el contexto valorativo de la sociedad en que ella debe hoy cumplir su función, y que se caracteriza por la vigencia de un antropocentrismo en el cual el hombre se encuentra sin sosiego, en una permanente fuga, bajo el signo de la angustia, desarraigado en lo religioso y en lo social. Este mostrar la realidad en la cual se desarrolla lo propiamente universitario es muy importante, ya que además de señalar su incidencia negativa actual, implica necesariamente que el autor desecha “ab initio”, cualquier concepción que admita que la Universidad puede vivir ajena del resto del cuerpo social en el que se inserta.

El Capítulo II, titulado “La Universidad”, nos acerca en primer término a su definición, diciéndonos, por una parte, lo que es, —un grupo social especificado por su fin de búsqueda, transmisión y contemplación de la verdad bajo modo de saber— y por la otra, lo

que no es la Universidad (sociedad comercial, comité político, acción, etc.). Siguiendo luego al Dr. Juan A. Casaubón, desarrolla con gran solidez y certeza los que considera los cuatro caracteres fundamentales de la Universidad: 1) tener por fin la verdad; 2) basarse en una recta filosofía; 3) integrarse en una tradición cultural auténtica y viva; 4) ser trasunto de la convicción social y del patrimonio científico de una época, y no una mera dependencia estatal.

Explica después a la Universidad como servicio a la comunidad, necesitada de una organización jerárquica que sea respetada y que a la vez en virtud de la unidad en el fin común de obtención de la verdad, debe cumplir su labor en un marco de hermandad entre profesores y alumnos.

Y dado que la Universidad es búsqueda de la verdad, nos dice al autor como es transmisión de la verdad que que la misma exige investigación; y requiere de la docencia, están en tensión, ambas, —la investigación y la docencia—, hacia la contemplación de la verdad.

Este Capítulo II, cuya riqueza apenas podemos esbozar en estas líneas, es realmente brillante, y justifica de por sí toda la obra.

Pero, en cuanto para comprender una institución, nada mejor que conocer su historia, Montejano acomete en el Capítulo III la evolución, (o involución?) de la Universidad, desde los antecedentes remotos, orientales y occidentales, pasando por las primeras Universidades reconocidas como tales, (París, Bolonia, Oxford) y la expansión de esa inicial y recta concepción uni-

versitaria, hasta arribar a las sucesivas degradaciones: la universidad filosófica renacentista, luego científica, más tarde profesional con el agregado posterior del carácter tecnocrático, que desemboca por último en el grado más bajo, la universidad ideológica, de la que es muestra clara la universidad comunista.

En la primera parte del capítulo IV continúa el análisis histórico, referido ahora a la realidad argentina, en el que interesa sobre todo el encuadre de la Reforma Universitaria de 1918 como fenómeno extraño a nuestro ser nacional, desarrollado con ideas, terminología y métodos marxistas, aventura cuyo fracaso es reconocido por los propios reformistas que allí cita, siguiendo en esto a Francisco Javier Vocos, en su obra "El Problema Universitario y el Movimiento Reformista". El autor nos habla luego, en páginas ricas en anécdotas, de su experiencia universitaria, como estudiante primero y como profesor después.

El Capítulo IV concluye con un análisis del régimen jurídico de las Universidades Argentinas: comienza con el estudio de la ley Avellaneda (Nº 1597), y termina comentando el proyecto de ley puesto a la consideración pública por el Ministerio de Cultura y Educación de la Nación (hoy Ley Nº 22.207): No se quede aquí en frío análisis Mon-

teano; evalúa, opina, y propone algunas sugerencias y soluciones realmente interesantes y valiosas, apoyándose siempre en nuestra concreta realidad.

El apéndice finalmente está constituido por: a) algunos artículos publicados con anterioridad por el autor; b) una presentación en una extraña denuncia que se le iniciara en una de las Universidades en que actuó; c) la transcripción de un discurso de un ex-Rector de la U.B.A., al que titula acertadamente como "La Antiuniversidad", y d) el texto de la propia renuncia, y de la del Dr. Alfredo Di Pietro, a la cátedra universitaria cuando el marxismo campeó en nuestras aulas. Son todos rotundos testimonios que dan aún más fuerza y valor a los capítulos de la obra, pues demuestran que los principios sustentados han sido acompañados con una conducta acorde, y que se discierne con claridad el sentido último de las palabras y teorías.

En síntesis, la "Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho", nos brinda nuevamente una valiosa obra acerca de un tema poco tratado entre nosotros; la cual, en un estilo llano, accesible, no falto de ironía y de humor chestertoniano, arroja abundante luz en un ámbito tan importante como difícil, y de singular actualidad.

J. L. Rinaldi

Impreso en los Talleres Gráficos de UNIVERSITAS, S. R. L.
Ancaste 3227 - Buenos Aires