



# PRUDENTIA IURIS

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

DICIEMBRE 1984

*La suscripción para el año 1984 (abril-agosto-diciembre) debe realizarse mediante el envío de cheque o giro postal —a la orden de Universidad Católica Argentina— y datos del interesado, a la sede de la revista: Moreno 371 (1091), Buenos Aires, República Argentina. El costo de la suscripción es de \$a 1.200 y el de cada número atrasado, \$a 400.*

## AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

*Decano:*

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

*Vicedecano:*

Dr. ALFREDO DI PIETRO

## C O N S E J O D I R E C T I V O :

*Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:*

Mons. JUAN DAN y Dr. ALFREDO DI PIETRO

*Suplentes:*

Dr. FEDERICO MIHURA SEEBER y Dr. JUSTO LÓPEZ

*Por los profesores titulares:*

Dr. BERNARDINO MONTEJANO, Dr. ALFREDO BATTAGLIA  
y Dr. ALFONSO SANTIAGO

*Suplentes:*

Dr. FRANCISCO M. BOSCH, Dr. JUAN CARLOS CASSAGNE  
y Dr. JOSÉ MARÍA MEDRANO

*Por los profesores protitulares y adjuntos:*

Dr. ROBERTO PUNTE

*Suplente:*

Dr. ERNESTO POLOTTO

*Secretario Académico:*

Dr. JUAN MARCOS PUEYRREDÓN

## AUTORIDADES DE LA REVISTA:

*Director:*

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

*Subdirector:*

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

*Consejo de Dirección:*

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

*Secretario de Redacción:*

Dr. JOSÉ LUIS RINALDI

*Junta Asesora:*

R. P. DOMINGO BASSO. O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA  
Dr. JUAN BARGALLÓ CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBÓN  
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LÓPEZ. Dr. JORGE A. MAZZINGHI y  
Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

## ORDEN NATURAL Y CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por tercera vez dedicamos un editorial de nuestra revista al tema del orden natural.

En el primero, "Orden natural y cristianismo (número VI), se destaca el carácter teocéntrico de esa normatividad peculiar que Dios promulga para el hombre, agente libre y responsable, desde el principio de los tiempos. Y como el pecado original afecta a la naturaleza humana, debilita la inteligencia que conoce esa ley y también a la voluntad que la pone en obra, en el plano existencial, ese hombre desfalleciente necesita del auxilio de la ley divina positiva que lo instruye y de la Gracia que lo mueve.

En el segundo, "Magisterio pontificio y orden natural" (número IX), se recalca la concordancia de esa enseñanza con la ley natural. No podía ser de otro modo, porque la doctrina de la Iglesia abreva en las fuentes de la ley natural y de la Revelación. Y si fundada en la última trasciende las exigencias de la primera, no la deroga sino que la corona y la lleva a su plenitud al iluminar las realidades humanas con una luz nueva. Incluso en nuestro tiempo, ese magisterio cuando aborda temas de moral y de costumbres, se dirige más de una vez a los hombres de buena voluntad. Y lo hace porque sabe que esos hombres de corazón recto, aun sin ser católicos, pueden captar la sabiduría y la razonabilidad de sus enseñanzas.

El tema del presente número es de rigurosa actualidad, pues en nuestro país, desde hace un tiempo, se habla hasta el cansancio de la Constitución Nacional. Algunos pretenden convertir su texto en algo sagrado. Otros la manosean, la utilizan o la invocan con hipocresía. Por eso es urgente y a la vez importante, situar bien el problema.

La Constitución es la ley fundamental de la Nación. Pero como ley, pertenece a ese tipo de leyes caracterizadas por la posibilidad de su mutación que San Agustín engloba en el denominador común de ley temporal. Por ello subraya que esa ley "aun siendo justa, puede, no obstante, modificarse justamente según lo exijan las circunstancias de los tiempos" (Del libre albedrío, I, 6, 14). Los constituyentes no tuvieron duda de que estaban sancionando una ley temporal y por eso dispusieron que "la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes" (art. 30).

También San Agustín enseña que "la ley temporal es justa y legítima en cuanto que está fundada en la ley eterna" (Del libre albedrío, I, 6 15). Pues la ley temporal no es autónoma, sino que debe ajustarse al orden natural establecido por la Providencia divina que se manifiesta en forma preceptiva a tra-

*vés de la ley natural. Ese fundamento no puede alterarse sin provocar un grave desorden, porque no es materia de institución humana.*

*Nuestra Constitución al reconocer que Dios, o sea la Ley eterna, "es fuente de toda razón y justicia", nos muestra su carácter teocéntrico y su respeto por ese orden anterior y superior a ella misma.*

*Al establecer como una de sus finalidades el "afianzar la justicia", acepta que esa justicia no es inventada por los constituyentes, sino que se encuentra ya determinada en sus grandes líneas por el orden natural que exige su realización a través de las tres formas descubiertas en la vida social-política y acuñadas por la filosofía tradicional: legal, distributiva y conmutativa. . . .*

*Y al enunciar como propósitos "promover el bienestar general y asegurar los beneficios de la libertad", recoge otro legado, pues como lo interpreta la Corte Suprema desde hace más de cuarenta años, ese bienestar general "es el bien común de la filosofía clásica" y esa libertad, en ese contexto, aparece como un medio legitimado por su fin, que no puede ser otro que la verdad y el bien.*

*Pero, además, el reconocimiento del orden natural teocéntrico, se encuentra con claridad en el art. 19, cuyo texto reconoce antecedentes en el Estatuto de 1815, en el Reglamento de 1817 y en las Constituciones de 1819 y de 1826.*

*Ese artículo, de argentina filiación en su primera parte, que es la que aquí en especial nos interesa, se atribuye en su primer antecedente al presbítero doctor Antonio Sáenz y dice: "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".*

*Las bases doctrinales del texto se encuentran en los doctores de la Iglesia, en San Agustín y en Santo Tomás de Aquino, quien al referirse a la ley humana, enseña que "no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino sólo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse. Así, "la ley humana" prohíbe el homicidio, el robo y otros males semejantes" y "permite y deja impunes muchas cosas que la divina Providencia castiga" (Suma Teológica, I-2, q. 96 a.3).*

*O sea que la Constitución, ley temporal o humana, encuentra en Dios la fuente de toda razón y justicia y reconoce que, más allá de lo reglado por ella y por otras disposiciones positivas inferiores, en orden al bien común político, rigen las normas de la ley natural divinamente promulgadas en la conciencia de cada hombre.*

B. M.

## ACERCA DEL CONOCIMIENTO ESPECULATIVO Y DEL CONOCIMIENTO PRÁCTICO

Voy a encarar este tema desde el ángulo de visión de la gnoseología aristotélico-tomista. En primer lugar, porque eso es lo que creo se espera que haga; y, en segundo lugar, porque la distinción entre verdad especulativa y verdad práctica, entre conocimiento especulativo y práctico, es una característica de dicha escuela gnoseológica.

Santo Tomás distingue el entendimiento en especulativo y práctico, no como dos potencias diversas sino como dos funciones distintas dentro de la misma potencia. Como esas funciones distintas se establecen por la triple diferencia de fin, objeto y modo, en última instancia, lo que determina la distinción de las funciones es el diverso modo de conocimiento de la verdad, que será, precisamente, el objeto de este estudio.<sup>1</sup>

La primera diversificación general entre lo especulativo y lo práctico consiste en que el primero versa sobre la verdad considerada absolutamente, mientras que el segundo sobre la verdad ordenada o acomodada a las operaciones humanas, es decir, en cuanto norma de lo que el hombre realiza.<sup>2</sup>

Se comprende aún mejor esta diferencia recordando la doctrina tomista sobre las acciones inmanentes y transeúntes. A las acciones inmanentes, como ver, querer, entender, Santo Tomás las llama *factiones*. Y, en estas últimas, todavía señala una nueva distinción: la de utilizar la materia exterior solamente para el uso, como el caballo para cabalgar, y la de utilizarla para cambiar su forma accidental, como cuando el artista esculpe una estatua sobre madera o mármol. Las acciones inmanentes y el primer grupo de las transeúntes no tienen un "fáctico", un *operatum*, como fin, sino que el fin es la misma operación. El segundo grupo de operaciones transeúntes, en cambio, constituyen una especie de generación cuyo fin es la cosa engendrada; en este caso el fin ya no es la misma operación, sino algo distinto, un *operatum*.<sup>3</sup> Cuando el

<sup>1</sup> Cfr. I, q. 14, a. 16. Sobre la distinción entre entendimiento especulativo y práctico, Cfr. M. M. LABOURDETTE, O. P., "Note sur les diversifications du savoir. Connaissance spéculative et connaissance pratique", en *Revue Thomiste*, 44 (1938), pp. 564-568; H. PICHETTE, *Considerations sur quelques principes fondamentaux de la doctrine du spéculatif et du pratique*, en *Laval Théologique et Philosophique*, I (1945), 52-70; J. PETRIS, "Intellectus speculativus per extensionem fit practicus", en *Revue de l'Université d'Ottawa*, 10 (1946), pp. 174-184; idem, *Connaissance spéculative et connaissance pratique*. Ottawa, Ed. Univ., 1948; J. E. NAUS, S. J., *The nature of the practical Intellect According to Saint Thomas Aquinas*, Roma, Ed. Pont. Univ. Greg., 1959, etc.

<sup>2</sup> "Ratio speculativa et practica in hoc differunt, quod ratio speculativa est apprehensiva solum rerum, ratio vero practica est non solum apprehensiva, sed etiam causativa" (II-II, q. 83, a. 1).

<sup>3</sup> Cfr. In I Ethicorum, Lectio 1.

conocimiento de ninguna manera se ordena a un *operatum* exterior, tenemos el conocimiento puramente especulativo, que reviste una doble modalidad: 1) cuando dicho conocimiento versa sobre objetos que no pueden ser realizados por la ciencia del que los conoce, como en el caso de las cosas puramente naturales; 2) cuando el objeto considerado es verdaderamente operable, pero no se lo considera bajo esa formalidad. El entendimiento puede separar intencionalmente las formalidades de un mismo objeto, que en la realidad son inseparables; por eso es posible considerar en un objeto operable un aspecto que no incluya su operabilidad actual.<sup>4</sup> El conocimiento práctico, por el contrario, se dice en orden a la operación considerando en el objeto la formalidad operable, lo que puede tener lugar de una manera ya actual, ya habitual.<sup>5</sup> Esto da la pauta de toda la amplitud del concepto de verdad práctica en Santo Tomás, y descubre la imprecisión que supone considerar únicamente como tal la verdad que incluye una adecuación con el apetito recto, que es la definición de la verdad práctica prudencial y moral. Es, pues la inclusión del orden a lo operable, de una manera u otra la que determina la distinción entre especulativo y práctico y sus diversos grados.<sup>6</sup> Esta inclusión puede darse:

a) *Por parte del objeto*: los objetos del conocimiento son los que llama *res scita*. En el caso del entendimiento especulativo el objeto es siempre universal, mientras en el del práctico siempre debe resolverse en lo singular. Santo Tomás afirma que el conocimiento práctico es el que versa sobre cosas que se encuentran en nosotros, aunque no de cualquier manera, sino en cuanto son operables;<sup>7</sup> pero también afirma que tienen su origen en las consideraciones universales del entendimiento, por lo cual se encuentra en el mismo sujeto que el conocimiento especulativo, aunque su término sea lo particular operable.<sup>8</sup> Dicho conocimientos práctico no es, por tanto, perfecto si no alcanza lo singular,<sup>9</sup> y la ciencia práctica es tanto más perfecta cuando más considera lo particular.<sup>10</sup> Esto no significa, sin embargo, que corresponda al mismo hábito cognoscitivo la extensión a lo operable. La aplicación de los primeros principios universales prácticos, contenidos en la *sindéresis*, corresponde ya sea a la ciencia práctica, ya sea a la prudencia, pero de distinta manera, como diremos luego. No es, pues, la *sindéresis* a la que corresponde resolver el conocimiento universal. Es esta función que pertenece a la ciencia o a la prudencia y, en un

<sup>4</sup> Cfr. De Veritate, q. 3, a. 3.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> Por consiguiente, el conocimiento práctico agrega sobre el especulativo un orden al acto (*ad operatum*), y constituye la norma o medida de la operación o *praxis*, de ahí el nombre: "(la idea o verdad) práctica añade sobre la especulativa la ordenación al acto, como el hombre añade a lo animal lo racional; pero hombre y animal no son dos cosas..." (*ibidem*, ad 6); "...la idea, en cuanto que es principio de la producción (*factio*) de las cosas, se puede llamar ejemplar, y pertenece al conocimiento práctico" (I, q. 15, a. 3).

<sup>7</sup> Cfr. De Veritate, q. 3, a. 3 ad 4.

<sup>8</sup> "El entendimiento práctico tiene su principio en la consideración de lo universal y por esta razón se halla en el mismo sujeto que el especulativo, pero su consideración termina en lo particular operable" (in IV Eth., lect. 2).

<sup>9</sup> "El conocimiento práctico no es perfecto si no alcanza lo singular, ya que el fin del conocimiento práctico es la operación, que se encuentra en las cosas singulares" (C.G. L. I, c. 65).

<sup>10</sup> "Toda ciencia operativa es tanto más perfecta, cuando más considera los particulares, en los que se da la acción" (I, q. 22, a. 3 ad 1).

sentido muy estricto, solamente a la segunda. Santo Tomás afirma que el conocimiento práctico del artista sigue a su conocimiento especulativo, ya que se constituye por una extensión de éste a la operación.<sup>11</sup> Es en la aplicación discursiva donde el orden especulativo y el práctico llegan a una diferenciación neta de sus funciones.<sup>12</sup> Por este motivo, algunas veces se encontrará la afirmación de que el conocimiento práctico versa acerca de lo operable, singular y contingente, mientras que el especulativo acerca de lo universal y necesario, lo que parece dejar a la *sindéresis* fuera de lo que se entiende por conocimiento práctico; pero es que allí está tomado el concepto de practicidad en un sentido que únicamente puede aplicarse al arte y a la prudencia, como deberemos explicar.<sup>13</sup>

Mientras en el conocimiento especulativo el principio es la forma o la esencia, en el práctico es el fin, que unas veces es forma y otras no; en el especulativo el principio siempre es necesario, en el práctico unas veces lo es y otras no lo es; finalmente, en el orden especulativo las conclusiones se siguen siempre necesariamente de los principios en la demostración, en el práctico pueden seguirse o no seguirse.<sup>14</sup>

b) *Por parte del fin*: el entendimiento práctico se ordena al fin de la operación, a un *operatum*, mientras que el especulativo o teórico consiste tan sólo en la consideración desnuda de la verdad,<sup>15</sup> lo cual es fácil de comprender si se tienen en cuenta los diversos tipos de operaciones que son posibles.<sup>16</sup>

c) *Por parte del modo*: quizás más que en los dos puntos anteriores es por parte del modo donde se observa la mayor diferencia entre el conocimiento especulativo y el práctico. El entendimiento especulativo es medido por sus objetos, el práctico más bien es su norma.<sup>17</sup> Santo Tomás suele decir que el conocimiento especulativo se discrimina por la adecuación entre el entendimiento y las cosas, mientras que el práctico por la adecuación entre el entendimiento y el apetito;<sup>18</sup> pero esto puede entenderse de dos modos diversos según se trate de la *sindéresis* y de la ciencia o de la prudencia.

La distinción de dos tipos de conocimientos no basta, sin embargo, para distinguir dos sujetos intelectuales. Santo Tomás, oponiéndose en esto a la doctrina enseñada por su maestro San Alberto,<sup>19</sup> sostiene, con toda la tradición escolástica anterior, la unidad del entendimiento. Sus razones son que, por nin-

---

<sup>11</sup> "El conocimiento del artista, que es práctico, es continuidad de su conocimiento especulativo, que se hace práctico por su extensión al obrar" (De Veritate, q. 2, a. 8).

<sup>12</sup> Cfr. C.G., L. III, cap. 75.

<sup>13</sup> Cfr. I-II, q. 91, a. 3 ad 3.

<sup>14</sup> Cfr. C.G., L. III, cap. 97.

<sup>15</sup> Cfr. I-II, q. 57, a. 5 ad 3; q. 64, a. 3; etc.

<sup>16</sup> Cfr. In I Eth. lect. 1.

<sup>17</sup> Cfr. De Virt. in comm. a. 13; De Veritate q. 1, a. 2.

<sup>18</sup> Cfr. I-II, q. 57, a. 5 ad 3; q. 64, a. 3; etc.

<sup>19</sup> Cfr. S. ALBERTO M., *De Homine*, tract. 1, q. 63, a. 4, Ed. Vives-Borgnet, tomo 35 (1896), p. 545, a); In VI Ethic., tract. I, c. 3, *ibidem*, t. 7 (1891), p. 397 a).

alguno de los capítulos anteriormente examinados: fin, objeto y modo, puede probarse una distinción específica entre los sujetos del conocimiento especulativo y del práctico. No por el fin, porque el conocimiento especulativo se ordena a la contemplación de la verdad y el práctico ordena a la operación la verdad conocida, y el estar ordenada o no a la operación son diferencias accidentales de la verdad, no formales;<sup>20</sup> es por eso que siempre agrega que la ordenación de la verdad a la acción es una *simple extensión* del conocimiento especulativo a la operación.<sup>21</sup> Tampoco por el objeto, pues si se considera el objeto en cuanto es fin y motivo de la potencia o en cuanto es término del movimiento intelectual, se hacen dos apreciaciones accidentales en su calidad de objeto; el entendimiento especulativo tiene como objeto lo universal y la verdad práctica consiste en aplicar lo conocido, universal y necesariamente, a lo singular y contingente; por tanto, a la misma potencia pertenece el conocimiento de lo universal y, por reflexión, el de lo singular concreto;<sup>22</sup> la diferencia entre verdad necesaria y verdad contingente es como la que va de lo perfecto a lo imperfecto en el mismo género<sup>23</sup> y, por ende, el conocimiento de ambas debe pertenecer a la misma potencia.<sup>24</sup> Finalmente, tampoco en cuanto al modo, porque si bien el entendimiento práctico mide las cosas mientras el especulativo es por ellas movido, esto no sucede en el mismo orden; tanto el entendimiento especulativo cuanto el práctico parten de los mismos principios universales y su proceso es relativamente igual: uno —el especulativo— por *deducción* de las conclusiones contenidas germinalmente en los principios evidentes, otro —el práctico— por *aplicación* de los principios a la operación, conservando entre ambos un perfecto paralelismo,<sup>25</sup> por eso dice que aun las virtudes o hábitos intelectuales prácticos comparados con las cosas tienen, igual que los hábitos intelectuales especulativos, la característica de algo *medido* (*mensurati*).<sup>26</sup>

#### A. PRIMER GRADO DE LO ESPECULATIVO Y LO PRÁCTICO

Los primeros principios especulativos, contenidos en el hábito que se denomina —como la misma potencia— *intellectus* (el *nous* de Aristóteles), son el origen germinal de todas las conclusiones científicas y sapienciales. Muy frecuentemente afirma Santo Tomás que lo primero que cae bajo nuestro

<sup>20</sup> Cfr. I, q. 79, a. 11; In III Sent. D. 23, q. 2, a. 3, q. 3; De Veritate, q. 3, a. 3; in III de Anima, lect. 15; In VI Ethic., lect. 2; etc.

<sup>21</sup> "...a veces, lo que se considera en sí, puede también ser considerado como norma de acción, entonces el entendimiento especulativo se hace práctico por extensión" (In III St., D. 23, q. 2, a. 3, q. 2, y paralelos).

<sup>22</sup> Cfr. I, q. 86, a. 1; C.G. L. I, c. 65; De Veritate, q. 2, a. 5 y a. 6; Q.D. de Anima, a. 20; etc.

<sup>23</sup> "La verdad necesaria y la verdad contingente parece que se relacionan como lo perfecto y lo imperfecto en el género de verdad; por la misma potencia del alma conocemos lo perfecto y lo imperfecto en el mismo género, como por la vista, lo iluminado y lo obscuro; con mucha mayor razón la misma potencia intelectual conoce lo necesario y lo contingente" (In VI Eth. I. 1).

<sup>24</sup> "Tanto el entendimiento agente como el posible se ordenan a todas las cosas por su misma razón de ser. Sería contra la naturaleza de ambos entendimientos, si hubiera una parte del alma que entendiera lo necesario y otra lo contingente" (In VI Ethic., lect. 1).

<sup>25</sup> Cfr. De Veritate, q. 17, a. 1.

<sup>26</sup> Cfr. I-II, q. 64, a. 3.

conocimiento intelectual es el ser,<sup>27</sup> y aunque dicho conocimiento sea en sí mismo muy embrionario<sup>28</sup> es el origen de todo nuestro conocimiento posterior.<sup>29</sup> Aquí se podría plantear el problema gnoseológico sobre el objeto adecuado de nuestro entendimiento y sobre el objeto de la metafísica, pero para lo nuestro basta con saber que el conocimiento del *intellectus* es el más general y que se distingue del modo como alcanza ese mismo objeto la sabiduría.<sup>30</sup> De la primera concepción del ser emanan todas las demás, en el siguiente orden: no-ser, división, unidad, multiplicidad, etc.,<sup>31</sup> adicionándose al concepto comunísimo del ser.<sup>32</sup> La evidencia mayor o menor de los principios depende de la más o menos cercana vinculación de la moción añadida con dicho concepto primario o, en otros términos, que esté o no inseparablemente unida a él. Si lo está, se aprehende por sí misma como inseparablemente unida, y tenemos el principio; si no se aprehende como inseparablemente unida, su conocimiento sólo puede obtenerse mediante el raciocinio y, por ende, no ya como principio sino como conclusión.<sup>33</sup> De esta manera, todo nuestro conocimiento especulativo *parte* de los primeros principios evidentes y naturalmente conocidos hacia las conclusiones contenidas potencial y virtualmente en ellos, pues, aunque los principios solos no basten como para considerar perfectamente alcanzado el conocimiento de la realidad, dirigen todo el proceso discursivo de las conclusiones, que se reconocen como verdaderas cuando no se presentan en pugna con la verdad evidente de los principios. En caso contrario, el entendimiento no podría otorgarles su asentimiento, del mismo modo que no puede dejar de asentir en la evidencia de los principios. Al mismo tiempo, todo conocimiento discursivo debe *resolverse* en ellos, ya que de otro modo no sería posible tener certeza de la veracidad de las conclusiones.<sup>34</sup> El Angélico, que considera este hecho como absoluto, no titubea en señalarlo como el fundamento mismo de la posibilidad de la ciencia o de cualquier conocimiento razonado de las cosas.<sup>35</sup> El hábito de los primeros principios especulativos es así, no solamente el comienzo de nuestros conocimientos, sino además la *verdadera y primera norma* de rectitud de todos nuestros juicios. Santo Tomás afirma con bastante frecuencia

<sup>27</sup> Cfr. I, q. 5, a. 2; q. 11, a. 2 ad 4; I-II, q. 55, a. 4 ad 1; q. 94, a. 2; In I St. D. 8, q. 1, a. 3; D. 19, q. 5, a. 1 ad 2 y ad 8; D. 24, q. 1, a. 3 ad 2; De Veritate, q. 1, a. 1; q. 21, a. 1 c. y ad 5; a. 3; a. 4 ad 4 De Potentia, q. 9, a. 7; ib. ad 6 y ad 15; Quodl. 8, a. 4; etc.

<sup>28</sup> Cfr. JUAN DE SANTO TOMÁS, *Cursus Theologicus*, In I-II, q. 262, D. 16, a. 1 ed. Vives, t. 6 (1885), pp. 439-453. Allí expone el proceso de formación de los primeros principios. Cfr. C. WILLIAMS, *De multiplici virtutum forma iuxta doctrinam S. Thomae Aquinatis*, Romae, Angelicum, 1954, pp. 21-41, y especialmente pp. 24 y 29.

<sup>29</sup> Cfr. Quodl. 8, a. 4.

<sup>30</sup> Cfr. I-II, q. 65, a. 5 ad 4. En WILLIAMS, o.s.c., pp. 30-36, se encontrará una amplia explicación de las diferencias entre el hábito de los primeros principios y la sabiduría y sobre la superioridad de ésta sobre aquél.

<sup>31</sup> Cfr. I-II, q. 21, a. 2 ad 4; De Potentia, q. 9, a. 7. ad 6.

<sup>32</sup> De Veritate, q. 21, a. 1: aquí Santo Tomás expone el orden y los motivos de esta adición que va de lo más conocido y más común gradualmente hacia lo menos conocido y menos común, hasta llegar a la sabiduría que juzga y compara el mismo contenido de los primeros principios.

<sup>33</sup> Cfr. De Veritate, q. 21, a. 4 ad 4.

<sup>34</sup> Cfr. Quodl. 8, a. 4.

<sup>35</sup> De Veritate, q. 1, a. 1: "Así como en las demostraciones es menester hacer una reducción a algunos principios evidentes para el entendimiento, de la misma manera al investigar algo; de lo contrario habría que ir a lo infinito y de ese modo perecería toda ciencia o conocimiento de las cosas".

que la *scientia est recta ratio scibilium* en la medida en que participa del *intellectum principiorum*. Esto que sucede en el orden especulativo sucede también en el práctico.

Así como el *intellectus* es la norma de todo nuestro conocimiento especulativo, la *sindéresis* lo es del práctico; el *intellectus* es el criterio o fundamento primero para distinguir la verdad del error, la *sindéresis* lo es para distinguir el bien del mal,<sup>36</sup> lo primero que cae bajo nuestra aprehensión especulativa es el ser, lo primero que cae bajo nuestra aprehensión práctica es el bien.<sup>37</sup> La *sindéresis* es el hábito que contiene todos los principios de la ley natural,<sup>38</sup> así como el *intellectus* contiene los primeros principios de la ciencia. El primer principio especulativo se funda sobre la razón comunísima de ser y de ella se deducen todas las demás, el primer principio práctico se funda sobre la razón común de bien y de él nacen los otros.<sup>39</sup>

Como el bien humano es el que corresponde a su naturaleza racional, la *sindéresis* dicta este hecho como una verdad básica, discriminación primera del concepto de bien que consistirá en obrar conforme con la razón.<sup>40</sup> En la razón humana existe, pues, una incoación del bien proporcionado a nuestra naturaleza que es el fundamento remoto de la rectitud de nuestros actos: preexisten en nuestra mente: ya los principios de la demostración que son como el germen de la sabiduría humana, ya los principios de la ley natural que son como el germen de las virtudes morales.<sup>41</sup> Las concepciones universales, cuyo conocimiento es natural, constituyen las simientes (*semina*) sea de las virtudes intelectuales en el orden especulativo, sea de las virtudes morales en el práctico.<sup>42</sup> El apetito está sometido a un proceso semejante. Las conclusiones se hallan contenidas en los principios no en potencia meramente material sino activa<sup>43</sup> y pasan al acto en virtud del discurso racional<sup>44</sup> que se da tanto en la razón especulativa como en

<sup>36</sup> Cfr. In II St., D. 24, q. 2, a. 3; D. 39, q. 3, a. 1; De Veritate, q. 16; I, q. 79, a. 12.

<sup>37</sup> "Así como el ser es lo primero que cae *simpliciter* bajo la aprehensión (intelectual), así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica que se ordena a la operación; todo agente obra por un fin, que tiene el aspecto de bien" (I-II, q. 94, a. 2). Cfr. Quodl. 8, a. 4; I, q. 85, a. 3; De Veritate, q. 21, a. 1; etc.

<sup>38</sup> "La ley natural es el nombre de los principios universales del derecho; la *sindéresis* es el nombre del hábito que los contiene o de la potencia con el hábito" (In II St., D. 24, q. 2, a. 4). Cfr. I-II, q. 94, a. 1 y 2; De Veritate, q. 17, a. 1; I, q. 79, a. 13.

<sup>39</sup> Cfr. I-II, q. 94, a. 2; Quodl. 8, a. 4; I-II, q. 57, a. 2; C.G. L. III, c. 129; etc.

<sup>40</sup> "La razón natural le dicta a cada uno que obre conforme a la razón" (II-II, q. 47, a. 7). Cfr. Ib. a. 6; De Veritate, q. 16, a. 1 ad 9; De Malo, q. 2, a. 4; etc.

<sup>41</sup> "...en la naturaleza humana se encuentra cierta incoación del mismo bien proporcionado a la naturaleza; preexisten en ella naturalmente los principios evidentes de la demostración, que son como simientes de la sabiduría; y también algunos principios del derecho natural (ley natural = orden práctico) que son como simientes de las virtudes morales" (De Veritate, q. 14, a. 2).

<sup>42</sup> "En la razón del hombre se encuentran naturalmente algunos principios naturalmente conocidos, tanto especulativos como prácticos, que son ciertos gérmenes de las virtudes intelectuales y morales; y en cuanto a la voluntad, existe en ella cierto apetito natural del bien que es conforme a la razón" (I-II, q. 63, a. 1)... "Las concepciones universales, cuyo conocimiento inhiere en nosotros naturalmente, son como la simiente de todos los conocimientos posteriores" (De Veritate, q. 11, a. 1 ad 5). Cfr. I-II, q. 51, a. 1; q. 63, a. 2 ad 3; In III St., D. 39, q. 2, a. 1, etc. Cfr. E. THAMIRY, *De rationibus seminalibus et immanentia*, Insulis, 1905.

<sup>43</sup> Cfr. in II St. D. 17, q. 1, a. 3; Quodl. 8, a. 4.

<sup>44</sup> Cfr. De Veritate, q. 11, a. 1 ad 5; De Virt. in Comm., a. 8.

la práctica.<sup>45</sup> Del juicio de la sindéresis dependen los juicios posteriores del orden práctico (del mismo modo que del juicio del *intellectus* dependen los especulativos) como el de la conciencia<sup>46</sup> y el de la prudencia.<sup>47</sup> La sindéresis es también la raíz profunda de la *præparatio animi* de la que con cierta frecuencia habla Santo Tomás<sup>48</sup> y a la que asigna un preponderante papel en la vida moral, atribuyéndola a la prudencia y a las otras virtudes.<sup>49</sup> Finalmente, es menester tener en cuenta la observación de que la sindéresis no se distingue de la razón práctica como una potencia de otra, sino como el hábito del sujeto en que reside y al que pertenece.<sup>50</sup>

## B. SEGUNDO GRADO DE LO ESPECULATIVO Y LO PRÁCTICO

De las relaciones entre la ciencia y el hábito de los primeros principios puede deducirse cómo se establece este segundo grado del conocimiento especulativo y práctico, cuya aplicación, aun en el orden genérico, es primordialmente intelectual.<sup>51</sup> En diversas oportunidades llama Santo Tomás a la ciencia *recta ratio speculabilium*,<sup>52</sup> correspondiente al apelativo de *recta ratio agibilium*, por el que se indica al arte. Las dos últimas expresiones no dejan de tenerse nunca en cuenta cuando se analiza la naturaleza del arte y la prudencia, pero, en cambio, se pasa frecuentemente por alto la que se refiere a la ciencia cuando se la estudia. Tal vez se haya preterido esta consideración por olvido de la estructura analógica del conocimiento humano. La razón informada por la ciencia es un corolario de la información de la razón por el hábito de los primeros principios. El entendimiento *ut natura* es espontáneamente informado por el hábito de los primeros principios, naturalmente recto (= verdadero)

<sup>45</sup> Cfr. De Veritate, q. 11, a. 1; De Vñt. In Comm., a. 8; Quodl. 8, a. 4; y, sobre todo, II-II, q. 8, a. 1 ad 2.

<sup>46</sup> "Los hábitos con los que la conciencia es informada, aunque son muchos, todos, sin embargo, tienen eficacia por uno que es primero, o sea, el hábito de los primeros principios, que se llama sindéresis" (I, q. 79, a. 13, ad 3). Cfr. In II St. D. 24, q. 1, a. 1 ad 3; De Veritate, q. 17, a. 1; Quodl. 3, a. 26 ad 1; etc.

<sup>47</sup> "Por el entendimiento (hábito) se conocen los principios naturalmente evidentes, tanto en el orden especulativo cuanto en el práctico. De donde así como la recta razón en lo especulativo, en cuanto procede de los principios naturalmente conocidos, presupone el *intellectus principiorum*, de la misma manera la prudencia, que es la razón recta de lo operable" (I-II, q. 58, a. 4). Cfr. I-II, q. 100, a. 1.

<sup>48</sup> Cfr. I-II, q. 58, a. 5; I-II, q. 65; III-II, q. 25, aa. 8 y 9; q. 83, a. 8; q. 66, a. 2; q. 106, a. 5 ad 1; a. 6 ad 1; q. 107, a. 1 ad 2; a. 3 ad 4; q. 108, a. 1 ad 4; q. 124, a. 3 ad 1; III, q. 87, a. 1 ad 1; De Caritate, q. 1, a. 8; Quodl. 6, a. 12; etc....

<sup>49</sup> Cfr. II-II, a. 3 ad 2, y los textos citados en la nota anterior.

<sup>50</sup> Cfr. In II St. D. 24, q. 2, a. 3.

<sup>51</sup> Cfr. G. VON HOLTUM, O.S.B., "De Scientia speculativa et practica", en *Jahrbuch für Phil. und spek. Theol.*, Paderborn, 15 (1928) 13-17; L. THRY, O.S.B., "Speculativum-practicum secundum S. Thomas; Quomodo se habeant in actu humano", en *Studia Anselmiana*, fasc. IX, Romae, 1939; J. DE MONLEON, "Note sur la division de la connaissance pratique", en *Revue de Philosophie*, 39 (1939) 189-198; O. LOTTIN, O.S.B., *Principes de Morale*, T. I, p. 61, t. II, p. 9 y ss.; TH. DEMAN, O.P., "La fonction pratique de la Philosophie Morale", en *Studia Philosophica* (Basel), 10 (1950), 20-43; F. E. CROWE, "Universal Norme and the concrete operabile in St. Thomas Aquinas", en *Sciences Ecclésiastiques* (Montreal), 7 (1955), 115-149; K. KOLENDA, "Science and Morality", en *Mind*, 67 (1958), 203-215; L. B. GILLON, O.P., "Morale et Science", en *Angelicum*, 35 (1958), 249-269.

<sup>52</sup> "El sujeto de la ciencia, que es la recta razón de lo especulable, es el entendimiento especulativo en orden al entendimiento agente" (I-II, q. 56, a. 3).

e infalible; el entendimiento *ut ratio*, informado por los hábitos discursivos de las conclusiones, ciencia, arte y prudencia, no será recto o verdadero sino en la medida en que se conformen éstos con el hábito natural de los principios (*intellectus-sindéresis*), y también, en el caso especial de la prudencia, con el apetito recto natural de los fines virtuosos.<sup>53</sup> Esta diferencia en la rectitud de los hábitos adquiridos y la de los naturales, y la dependencia de los primeros con respecto a los segundos, es señalada por Santo Tomás cada vez que se le ofrece la oportunidad,<sup>54</sup> y agrega que, aun cuando en cierto sentido la razón que no es verdadera o recta no es razón, estrictamente hablando el error se encuentra en la inteligencia *ut ratio*, mas nunca en la razón *ut intellectus (ut natura)*.<sup>55</sup> Ahora bien si la firmeza de la razón natural o entendimiento *ut natura* explica la misma posibilidad del conocimiento humano, la posibilidad del error en el entendimiento *ut ratio* explica toda la posibilidad del mal moral, pues si el hábito de los primeros principios informa necesaria y rectamente al entendimiento en el primer sentido, los hábitos discursivos no lo informan necesariamente en el segundo, por ser precisamente hábitos de naturaleza estrictamente adquirida. Santo Tomás se ocupa de explicarlo cuando se interroga sobre la posibilidad del pecado en la razón. He aquí los puntos fundamentales de su enseñanza.<sup>56</sup>

La razón puede ser considerada en sí misma o con orden a la voluntad.<sup>57</sup> En sí misma como sujeto del hábito de los principios, nunca puede ser sujeto de error o de pecado, al menos directamente. En cambio, como sujeto del discurso, puede en ella caber el error de dos maneras: 1) todavía en sí misma, o en el orden especulativo, por comparación a su propio objeto que es conocer la verdad; 2) en cuanto directiva de las otras potencias, o en el orden práctico, que es lo propio de la prudencia.<sup>58</sup> En el orden especulativo, el error por mal razonamiento tiene lugar de dos modos: a) cuando, aun partiendo de principios verdaderos, deduce una conclusión falsa que se presenta como verdadera, o b) cuando partiendo de presupuestos falsos, aparentemente verdaderos, llega a una conclusión verdadera o falsa. Paralelamente en el orden operativo, en el que dirige a las otras potencias ordenándolas a un fin, puede también de dos maneras ser sujeto de error: a) cuando la aplicación de la razón es acerca de un fin, no real sino sólo aparentemente bueno, y lo señala como bueno a las otras potencias, o b) cuando para alcanzar un fin cualquiera, bueno o malo, aconseja medios inadaptados, o aparentemente buenos y verdaderos.<sup>59</sup> Finalmente, en orden a la voluntad y en cuanto imperada por ella, el acto de la razón puede seguir a una elección perversa; en este caso la razón es, no solamente sujeto de error, sino también de un acto moralmente malo o pecado, por participación de la voluntad. En los casos anteriores, en los que la razón ejerce su función reguladora, es más bien sujeto de la causa del pecado que del pecado mismo.

<sup>53</sup> Cfr. In III St., D. 33, q. 1, a. 1, q. 2.

<sup>54</sup> P.e. cfr. In II St., D. 24, q. 3, a. 3 ad 2.

<sup>55</sup> Cfr. texto en nota anterior, y además: De Malo, q. 7, a. 5 ad 6; In II St. I. s.c. ad. 3.

<sup>56</sup> Cfr. los mismos textos de la nota anterior.

<sup>57</sup> Cfr. In II St. D. 24, q. 3, a. 3; I-II, q. 74, a. 5; II-II, q. 55, a. 3.

<sup>58</sup> Ver textos nota anterior.

<sup>59</sup> Cfr. II-II, q. 55, a. 3.

Santo Tomás estudia con atención las vinculaciones de estos dos problemas.<sup>60</sup> De esta manera nos ha colocado ya frente a la distinción entre verdad especulativa y verdad práctica.

No es difícil comprender cómo la ciencia puede ejercer una función reguladora en el orden especulativo, supuesto que el entendimiento no puede conocer adecuadamente la verdad sin el concurso o colaboración de un hábito. La dificultad es mayor en lo que respecta al orden práctico. Su definición como *recta ratio speculabilium* puede inducir a estrechar el campo que realmente abarca la ciencia, por lo cual es preferible emplear la fórmula más completa de *recta ratio scibilium*, que también está en Santo Tomás.<sup>61</sup> ¿Por qué decimos esto? Porque las definiciones que él da deben ser tomadas siempre en su contexto y así analizadas. La definición que propone, a veces, de verdad práctica como “adecuación de la razón con el apetito recto”, contempla principalmente el orden práctico moral, particular y contingente, pero no abarca todo el panorama de lo práctico, que se extiende también al arte y a las ciencias. De modo semejante, la definición de la ciencia como *recta ratio speculabilium* puede hacer nacer la idea de que la ciencia es, en cuanto ciencia, rectificadora del orden especulativo únicamente, lo cual es inexacto. Para diferenciar con precisión la ciencia práctica de la prudencia, es más adecuada la contraposición de los términos *scibilia* y *agibilia* que la de los términos *speculabilia* y *agibilia*. Lo *speculabile* se opone más bien a “practicable”, a lo que no se opone lo *scibile*. La distinción entre especulativo y práctico no corresponde adecuadamente a la distinción entre *scibile* y *agibile*; la primera es más amplia y general que la segunda, ya que lo práctico abarca tanto lo universal y necesario como lo particular y contingente, mientras que lo *agibile* incluye solamente esto último. Sagazmente Santo Tomás, cuando distingue las virtudes intelectuales, agrega a la distinción de lo especulativo y práctico una precisión de origen aristotélico, fundada en la razón formal de los objetos necesarios y contingentes.<sup>62</sup> La ciencia no versa acerca de las cosas singulares y contingentes, sino siempre acerca de las universales y necesarias.<sup>63</sup> Sin embargo, es muy frecuente la alu-

---

<sup>60</sup> Ver nota 57.

<sup>61</sup> “La prudencia es la razón recta de lo operable, como la ciencia es la razón recta de lo cognoscible” (*Prudentia est recta ratio agibilium, sicut scientia est recta ratio scibilium*. II-II, p. 55, a. 3).

<sup>62</sup> “El conocimiento de la verdad no se efectúa de la misma manera (*non est eiusdem rationis*) respecto de todo. De manera diversa se conoce la verdad necesaria y la verdad contingente: y, a su vez, de una manera se conoce la verdad necesaria si es evidente, como por el entendimiento (hábito) se conocen los primeros principios; y de otra manera si se hace conocida por otra, como se conocen las conclusiones por la ciencia o por la sabiduría de las cosas altísimas; en las cuales hay también otra razón de conocer, por cuanto por esto el hombre es dirigido en el conocimiento de otras cosas. Lo mismo respecto de lo operable contingente: no es la misma la manera de conocer lo que está en nosotros, que se llama operable, es decir, nuestras propias operaciones, en las que frecuentemente se da el error a causa de alguna pasión; y de las que se ocupa la prudencia; y la manera de conocer lo que está fuera de nosotros, lo fáctico, en lo que dirige cierto arte, y cuya recta estimación no es corrompida por las pasiones del alma” (*De Virt. in Comm.*, a. 12). Cfr. *In Post. Anal.* I, lect. 44; I, q. 14, a. 1 ad 2; in VI *Ethic.*, lect. 1-3.

<sup>63</sup> Cfr. *In II St. D.* 24, q. 2 a. 4.

sión a ciencias prácticas.<sup>64</sup> Como hemos dicho, el conocimiento práctico es el que ordena la verdad a la operación, por tanto, una ciencia práctica debe versar de algún modo sobre lo particular y contingente y relacionarse de alguna manera con el orden moral.<sup>65</sup> ¿Cuál es, entonces, la diferencia entre ciencia práctica y otros hábitos prácticos? ¿El sujeto en que reside es el entendimiento especulativo o el práctico?

La distinción entre especulativo y práctico es bastante enredada debido a los diversos modos de expresarse de Santo Tomás. Algunos autores han hablado de fluctuación y elasticidad de términos;<sup>66</sup> quizás sería más exacto hablar de diversos sentidos análogos. Él distingue, a veces, entre teórico y especulativo, como, por ejemplo, cuando pone lo teórico como una de las subdivisiones de la medicina a la que considera integralmente práctica;<sup>67</sup> otras veces identifica ambas expresiones.<sup>68</sup> Conocimientos que en algunos lugares considera especulativos,<sup>69</sup> en otros lugares los llama prácticos.<sup>70</sup> En algunas ocasiones divide los hábitos intelectuales en base a la distinción entre especulativo y práctico,<sup>71</sup> que cambia en otras por la distinción entre científico y racionativo.<sup>72</sup> Frecuentemente coloca la ciencia entre los hábitos especulativos y con no menor frecuencia habla de ciencias prácticas. En cambio, después de haber definido el arte como un hábito práctico, habla de artes especulativas y prácticas.<sup>73</sup> Éstas y otras antinomias causan, de primer momento, la impresión de que nos encontramos frente a un continuo tanteo del problema, buscándole una determinación.

D. Leo Thiry, O.S.B. ha recogido una serie de textos, y después de analizarlos meticulosamente, ha ensayado una síntesis matemática de todos ellos, confeccionada en base a esquemas. El procedimiento no resulta muy clarifica-

---

<sup>64</sup> Cfr. I, q. 1, a. 6; q. 14, a. 16; q. 22, a. 3 ad 1; I-III, q. 53, a. 4; In III St. D. 35, q. 1, a. 3, q. 2, a. 3, q. 4, a. 2 c. y ad 2; De Veritate, q. 2, a. 8; q. 3, a. 3; In Post. Anal., lect. 41, Libro I; In Boëth. de Trinitate, q. 5, a. 1 ad 3 y 4; etc.

<sup>65</sup> Tanto Aristóteles cuanto Santo Tomás insisten en la practicidad de la ciencia moral. El primero afirma que así como la ciencia teórica tiene por fin la verdad, la práctica tiene por fin la operación (Metafísica, L. I, c. 1; ed. Didot, II, 486, 25-26). Al comienzo de la *Ética a Nicómaco*, hablando de las cualidades que deben revestir los que estudian la moral, dice que esta ciencia no tiene por fin el conocimiento sino la *praxis* (*Ética*, I, 1, c. 3, n. 6; Didot, II, 2, 34 y ss.) Santo Tomás afirma lo mismo en su Comentario (*lectio 3, in fine*), pero en éste son, además, frecuentes expresiones como las siguientes: "*omnis scientia operativa tanto perfectior est, quanto magis particularia considerat, in quibus est actus*" (I, q. 22, a. 3 ad 1) o "*ad virtutem moralem scire speculative de his quae ab homine non fiunt, nihil prodest; de his autem quae ab homine fiunt, parum confert; sed scientia practica multum confert, cum sit regula actionis*" (In III St. D. 35, q. 1, a. 3, q. 2 ad 2). En este último texto no está claro si se refiere más bien a la prudencia, que en otros lugares denomina también sabiduría (cfr. p.e. II-II, q. 47, a. 2 ad 1).

<sup>66</sup> Cfr. D. SERTILLANGES, O.P., *La Philosophie Morale de S. Thomas d'Aquin*, 2ª ed., París, 1922, p. 3, n. 1, habla de *flottement* de los términos especulativo y práctico; J. MARTAIN, en *Degrés du Savoir*, 2ª ed., París, 1934, p. 891, habla de *élasticité* del vocabulario escolástico (tomista); L. THIRY, en *Speculativum-practicum*, éd. s.c., p. 11, afirma que no es fácil establecer el significado exacto de estas palabras en Sto. Tomás.

<sup>67</sup> In Boëth. de Trinitate, q. 5, a. 1 ad 4.

<sup>68</sup> In II Metaph., lect. 2.

<sup>69</sup> De Veritate, q. 2, a. 8.

<sup>70</sup> In Boëth., I. s.c.

<sup>71</sup> I-II, q. 57, a. 2.

<sup>72</sup> In VI Ethic., lect. 1.

<sup>73</sup> In Boëth., I. s.c.

dor y uno se pierde entre tantas distinciones y subdivisiones, que presentan el problema como de una extremada complicación. Por otra parte, Thiry no ha logrado situar dentro de todos esos esquemas la ciencia moral práctica, cuya practicidad se ve obligado a determinar recurriendo a la teoría de Juan de Santo Tomás.<sup>74</sup>

A nuestro juicio, la doctrina fundamental del Angélico, que viene a resultar la pauta de interpretación de los demás lugares, simplificando el planteo de la distinción y justificando las múltiples expresiones tomistas, es la que se encuentra en I, q. 14, a. 16. Allí afirma que lo especulativo y práctico pueden distinguirse por el objeto, modo y fin del conocimiento. Sobre este texto hemos fundado nuestra exposición de la distinción aludida, en las páginas precedentes. ¿Cuál de estos tres elementos es el más fundamental e importante para distinguir los órdenes especulativo y práctico? Aparentemente es el fin, dado que lo señala con mayor frecuencia;<sup>75</sup> pero, tal vez, haya que decir que todo depende de las circunstancias y casos concretos. Esta distinción parece ser refractaria a un esquema fijo, pues siempre se darán detalles circunstanciales que escapan a toda sistematización.

Santo Tomás formula el siguiente principio, que se presentaría como la norma básica para juzgar de la practicidad o teoricidad de un conocimiento: "una ciencia, pues, que es especulativa por razón de la misma cosa sabida (objeto), es solamente especulativa. La que, en cambio, es especulativa ya sea según el modo o según el fin, es según algo especulativa y según algo práctica. Cuando, por último, se ordena al fin de la operación es totalmente práctica".<sup>76</sup>

Un conocimiento que tiene un objeto únicamente especulativo, nunca puede ser práctico por el modo o por el fin, ya que el objeto no es ordenable por naturaleza a la operación. Tenemos entonces un conocimiento *simpliciter* especulativo por el objeto, modo y fin. El extremo supremo de lo especulativo, o lo especulativo puro, es este. Sin embargo, Santo Tomás dice que entre las ciencias puramente especulativas se dan grados de mayor o menor especulación, ya que la metafísica es más especulativa que las otras ciencias naturales;<sup>77</sup> de donde se podría deducir que los grados de lo especulativo y lo práctico se relacionan con los grados de abstracción.<sup>78</sup>

Por el otro extremo, se considera absolutamente práctico un conocimiento que lo es por su objeto, modo y fin. La practicidad del fin es lo que agrega a lo práctico su último detalle gradual. Cuando más concreto es el fin, más prác-

---

<sup>74</sup> L. THIRY, o.s.c.; este trabajo, muy meritorio bajo numerosos aspectos, tiene varias afirmaciones discutibles señaladas por el P. TH. DEMAN, en *Bulletin Thomiste*, VI (1940-42), 289-300, n. 486.

<sup>75</sup> Cfr. vgr. I, q. 14, a. 16; De Veritate, q. 3, a. 3; In III St. D. 23, q. 2, a. 3, q. 3; In III De Anima, lect. 15; In VI Ethic., lect. 2; etc.

<sup>76</sup> I, q. 14, a. 16.

<sup>77</sup> In II Metaph. lect. 2.

<sup>78</sup> In Boëth., q. 5 (especialmente a. 1) y q. 6.

tico será el conocimiento; por ello, el extremo último de lo práctico es el que incluye el apetito recto, como sucede con el arte y la prudencia.<sup>79</sup>

Entre estos dos extremos de lo especulativo puro y de lo práctico puro se da toda una serie de matices en los que el conocimiento es *secundum quid* especulativo y *secundum quid* práctico, según las distintas maneras posibles de combinaciones entre objeto, modo y fin. Un conocimiento que es práctico por su objeto y su modo, puede ser considerado más o menos práctico todavía según que sus fines particulares sean de mayor o menor practicidad, como en el caso de las artes que pone de ejemplo en *In Boeth. de Trinitate*:<sup>80</sup> la dialéctica, que es práctica, por comparación a las ciencias especulativas puras, es especulativa por comparación a la agricultura, cuyo objeto es más práctico aún. Una ciencia, que es práctica por su objeto, como la medicina, puede ser considerada teórica o especulativa por el modo de considerarlo, o más práctica todavía por el fin al que se ordena.<sup>81</sup> Un conocimiento puede ser práctico en cuanto a su objeto y su modo, y puede estar *actualmente ordenado* al fin de una operación y, entonces, es práctico puro; o, aunque ordenable, puede no estar actualmente ordenado y, en ese caso, es especulativo por comparación al anterior, aunque sea práctico por comparación a lo especulativo puro. Un conocimiento puede ser práctico en cuanto al objeto, pero especulativo en cuanto al modo y al fin, porque no considera ese objeto en cuanto práctico; se llamará práctico, empero, comparativamente a un conocimiento puramente especulativo.<sup>82</sup> Todos estos conocimientos son prácticos bajo un aspecto y especulativos bajo otro, por ello pueden ser denominados de una u otra manera según las circunstancias que se hallen en juego. Esta denominación relativa explica las aparentes contradicciones de algunos textos y hasta es probable que no haya agotado todas las posibilidades con sus ejemplos. Concluyendo, pues, puede decirse que los conceptos de especulativo y práctico tienen una amplitud analógica que es menester no perder de vista.

Santo Tomás sitúa la ciencia moral práctica y la distingue de la prudencia cuando diversifica los conocimientos prácticos actualmente ordenados al fin que es la operación, o no actualmente ordenados aunque ordenables.<sup>83</sup> Para comprender la aplicación de este principio al presente caso es necesario hacer hincapié en los conceptos de necesario y contingente antes aludidos. Aristóteles

---

<sup>79</sup> No solamente la prudencia, sino también el arte incluye una participación del apetito recto (cfr. I-II, q. 57, a. 5 ad 3). En el texto que citamos parece haber una contradicción con lo que afirma en otros textos (por ejemplo, en el mismo artículo, en la respuesta ad 1), o sea, que el apetito no pertenece al arte. C. KOELLIN O.P., explica las cosas distinguiendo un doble apetito recto (*Expositio commentaria... In Primam Secundae Angelici Doctoris S. Thomae A., Venetiis, 1589*; in q. 57, a. 5 ad 3). Algo semejante dice Cayetano (in h.l., n. II), pero creemos que repite a Koellin.

<sup>80</sup> L.s.c.

<sup>81</sup> In Boeth. L.s.c.; De Veritate, q. 2, a. 8.

<sup>82</sup> De Veritate, q. 3, a. 3.

<sup>83</sup> "Un conocimiento se dice práctico por su orden a la operación, lo que acontece de dos modos. A veces, en acto, o sea, en cuanto actualmente está ordenado a una operación... Otras veces, es ordenable a una operación sin estar actualmente ordenado" (De Veritate, q. 3, a. 3). Pone solamente el ejemplo del arte, pero lo que dice tiene también aplicación —y quizás mayor— en el caso de la ciencia y de la prudencia.

distinguía dos partes en el alma que versan sobre una u otra clase de objetos,<sup>84</sup> y Santo Tomás hace coincidir esa distinción con la de especulativo y práctico,<sup>85</sup> aunque existe un pequeño detalle de diferencia. La parte que especula sobre lo necesario es la que está informada por el hábito de la ciencia, y la denominan *científica*,<sup>86</sup> la que razona sobre lo contingente es el consejo, uno de los actos propios de la prudencia, y la llaman *raciocinativa*.<sup>87</sup> Mas la ciencia puede versar de hecho sobre lo contingente y, por ende, es conveniente determinar en qué se distingue su juicio del juicio de consejo o de prudencia. Santo Tomás y Aristóteles no se plantean la distinción con ese motivo, sino por otra razón: su preocupación consiste en resolver la dificultad de que dos partes distintas del alma deban ocuparse de dos diferencias accidentales de un mismo objeto, como son lo necesario y lo contingente. En efecto, la verdad necesaria y la contingente se relacionan —según explicamos ya— como lo perfecto y lo imperfecto en el mismo género, y así deben ser adjudicados a la misma potencia cognoscitiva, como a la misma vista corresponde ver lo opaco y lo luminoso. Después de todo la verdad necesaria y la contingencia son como lo perfecto y lo imperfecto dentro del género de verdad. Lo que sucede es que el planteo que ellos establecen con respecto a las potencias puede ser legítimamente trasladado a los hábitos, según procede el mismo Santo Tomás en otros sitios. No se ve bien cómo dos aspectos materiales y accidentales de un mismo objeto, lo necesario y lo contingente, deban ser considerados por hábitos específicamente diversos, la ciencia moral y la prudencia, ya que ambos tienen el mismo objeto: la verdad que se ordena a la operación. Ambos hábitos son prácticos por su objeto, fin y modo. Esto le hace distinguir, para poder resolver, entre práctico y operable. Existen dos modos específicamente distintos de conocer lo particular y contingente; ambos son prácticos pero no de la misma manera. *Uno*, según las razones universales; *otro*, en sus propias razones particulares, o sea, *reduplicative ut tale*. Las razones universales de las cosas particulares son inmutables y, en este sentido, pueden darse demostraciones que versen sobre lo contingente. Tal conocimiento demostrativo pertenece a las ciencias prácticas en general, ya que las ciencias naturales, por ejemplo, no solamente tratan de lo necesario e incorruptible sino también de lo contingente y corruptible. En cambio, cuando lo contingente es considerado en su misma particularidad, es notablemente variable y, por tanto, no cae bajo el conocimiento intelectual sino de una manera reflexa, esto es, suponiendo la colaboración de las potencias sensitivas, en particular de la cogitativa.<sup>88</sup> Esto supuesto, es menester considerar ahora el

<sup>84</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, L. VI, c. 1, n. 5, Didot, II, 66, 45-48. En este pasaje distingue la parte racional en dos: una por la que consideramos aquellas cosas cuyos principios no pueden ser de otro modo (o necesarias) y, otra, por la que consideramos lo contingente. Conferit S. Tomás, co. lect. 1.

<sup>85</sup> Un poco más adelante (ib. n. 6, 67, 1-2) el Filósofo da nombres a cada una de estas partes, y las llama *científica* (*epistemonikon*) y *raciocinativa* (*loguistikon*) o que aconseja (*bouleúesthai*). Santo Tomás hace coincidir esta distinción con la de especulativo-práctico: ver In I Metaph. lect. 1, *in fine*.

<sup>86</sup> Cfr. In VI Ethic., lect. 1.

<sup>87</sup> Cfr. las dos notas anteriores.

<sup>88</sup> La función que representa la cogitativa en el conocimiento prudencial es muy importante, pero no la analizamos en este estudio, ya que no resulta imprescindible para la distinción entre verdad especulativa y verdad práctica. Una relación, sin embargo, se puede establecer con ella.

adjetivo “práctica” en un sentido análogo, pues no se aplica de la misma manera en uno y otro caso, aunque se aplica *simpliciter et formaliter*. El conocimiento de la ciencia es únicamente universal, pues lo particular cae bajo ella como universalizado, sin un orden inmediato a lo operativo singular; mientras que el conocimiento de la prudencia considera los hechos contingentes en sus circunstancias particulares y concretas. Es por eso que la prudencia tiene necesidad de un concurso actual de la cogitativa, mientras la ciencia no.

Por consiguiente, la ciencia práctica (cuyo objeto es lo contingente en el primer sentido) reside siempre en el entendimiento especulativo cuyo objeto es lo universal, y por ello Santo Tomás enumera la ciencia sin más, tanto práctica cuanto especulativa, entre los hábitos especulativos. Podría introducirse aquí, para consolidar esta doctrina, la distinción frecuentemente usada por los escolásticos entre lo puramente especulativo, lo puramente práctico o práctico-práctico, y lo especulativo-práctico, que equivale a los tres aspectos antes analizados. No solamente la ciencia puede ser puramente especulativa y especulativo-práctica, sino también la sabiduría y el mismo hábito de los primeros principios. El orden a la operación, que es el fin como fundamento distintivo de los órdenes práctico y especulativo, se da en la ciencia práctica aunque no por una ordenación actual. De todos modos, la ciencia dice cierto orden a la operación y sus juicios, aunque universales alcanzan de hecho el orden moral. Por tanto, cuando decimos que la ciencia es recta razón no queremos decir únicamente que pone orden en los conceptos puramente especulativos, sino también en las operaciones morales, aunque de un modo distinto al de la prudencia, y a través de ella. Santo Tomás explica concretamente las relaciones de la ciencia moral práctica con el orden moral concreto, indicando que le corresponde proporcionar una de las premisas (la menor) al silogismo prudencial, aplicada al orden personal por el juicio de la conciencia.<sup>89</sup> Bien ha distinguido, por tanto, el P. S. Ramírez, O.P., entre el fin de la ciencia práctica, que es el individuo vago e indeterminado y el fin de la prudencia, que es el individuo determinado y concreto.<sup>90</sup> Existe una vinculación estrecha entre la ciencia práctica y la prudencia, ya que el razonamiento de ésta supone siempre otro razonamiento, al menos embrionario, de aquélla; esto no justifica empero que se las confunda.

Juan de Santo Tomás concibe las cosas de otra manera. Para él ninguna ciencia natural puede ser ciencia y práctica al mismo tiempo. Por ello considera que la ciencia moral, en cuanto ciencia, es únicamente especulativa. Sin embargo, distingue entre la ciencia moral que “incluye a la prudencia” y la que “no la incluye”. En el primer sentido puede hablarse de ciencia práctica, no en el segundo.<sup>91</sup> Por tanto, según él, no se da una verdadera diferencia entre la ciencia moral que incluye la prudencia y la prudencia misma.<sup>92</sup> Esta teoría,

---

<sup>89</sup> Cfr. De Veritate, q. 14, a. 4. El mismo planteo hace el P. S. RAMÍREZ, en *De Hominis Beatitudine*, t. I, p. 79.

<sup>90</sup> S. RAMÍREZ, “La science moral pratique”, en *Bulletin Thomiste*, 4 (1934-36), 424-427, p. 425.

<sup>91</sup> *Cursus Philosophicus*, Logica, II pars, q. 2, a. 4 *in fine*; París, Vives, 1883, t. I, p. 208b-209a.

<sup>92</sup> *Id.*, *ib.*, q. 27, a. 1, p. 732b.

que ha sido abrazada también por otros autores,<sup>93</sup> es rechazada por la mayoría que no la consideran fiel al pensamiento de Santo Tomás, para quien la ciencia moral es *simpliciter et formaliter* práctica, sin incluir la prudencia.<sup>94</sup> El error de Juan de Santo Tomás —si es que se trata de un error en toda la línea— está vinculado con su personal concepción de lo práctico, al que considera en un sentido uniforme, unívoco y demasiado limitado.<sup>95</sup> Aunque no lo dice muy claramente, se desprende de algunas afirmaciones suyas que se ata literalmente a la definición de verdad práctica, formulada a veces por Santo Tomás como “adecuación de la razón con el apetito recto”, para definir lo práctico en sí. Considerado en este sentido reducido, evidentemente no puede ser aplicado más que a la prudencia y al arte. Por lo visto, es el modo como también lo considera el Angélico cuando divide las virtudes intelectuales, colocando en el entendimiento especulativo todo lo que no se encuentre en el último grado de practicidad, por tener un objeto de algún modo necesario y no estrictamente particular y contingente. Es el sentido de algunos textos que Juan de Santo Tomás cita a su favor.<sup>96</sup> Pero, por todo lo dicho, queda de manifiesto que no es éste el único modo formal de considerar lo práctico. Por otra parte, debe tenerse en cuenta la siguiente afirmación clarificadora: “la unión del entendimiento con la voluntad no hace al entendimiento práctico, sino su ordenación a la operación; porque la voluntad es común al especulativo y al práctico; la voluntad se ordena al fin: pero el fin se encuentra tanto en el práctico cuanto en el especulativo entendimiento”.<sup>97</sup> Si bien el orden al apetito agrega un grado mayor de practicidad al conocimiento, pues supone una ordenación actual al fin de la operación, una ordenación no actual es suficiente, sin embargo, para la existencia de un conocimiento *simpliciter* práctico. Todo consiste en admitir o no la analogía del concepto de practicidad. Mas se trata de una analogía formal y de proporcionalidad, y no solamente de atribución como Thiry.<sup>98</sup>

Otra teoría, más peregrina, es la de J. Maritain, quien coloca entre la ciencia moral especulativo-práctica y la prudencia (práctico-operable) una ciencia moral práctico-práctica, que tendría como función reunir toda una serie de

---

<sup>93</sup> Vgr., J. GREDT, *Elementa Philosophiae*, t. I, n. 103, p. 85; también L. THIRY, o.s.c., pp. 61-63, y en parte O. LOTTIN, *Principes de Morale*, t. II, pp. 16-18. La teoría, en realidad, es original de J. SÁNCHEZ SEDENO O.P. *Logica Magna*, L. I, q. 14, Salmanticae, 1600, p. 83. Véase sobre este tema L. E. PALACIOS, “Juan de Santo Tomás y la ciencia moral”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, VII (1944), 244 y ss. y T. URDANOZ O.P., *Suma Teológica, Traducción y Comentario*, ed. Bilingüe B.A.C., t. IV (1954), Introducción, p. 48.

<sup>94</sup> Cfr. URDANOZ, o.s.c. y PALACIOS, o.s.c.; de este último autor Cfr. “La analogía de la lógica y la prudencia en Juan de Santo Tomás”, en *La Ciencia Tomista*, 69 (1945), 221-235; “Sobre el concepto de lo normativo”, en *Revista de Filosofía*, 2 (1943), 239-241; etc.

<sup>95</sup> L.s.c., p. 201b.

<sup>96</sup> III De Anima, lect. 15; In II Metaph. lect. 2; 1, q. 79, a. 11 y I, q. 14 a 16.

<sup>97</sup> In III St. D. 23, q. 2, gla. 2 ad 3.

<sup>98</sup> En efecto, dice THIRY: *Thesis S. Thomae de natura philosophiae moralista ita sonat: Philosophia Moralis est scientia formaliter speculativa cum relatione transcendentalis ad opus; ideo potest vocari scientia practica analogia attributionis* (o.s.c., p. 61). Los textos que cita prueban precisamente todo lo contrario. Por otra parte, la ordenación de la ciencia moral a la operación no es remota —como él sostiene— sino indirecta o no-actual, que no es lo mismo.

conocimientos presumiblemente no contenidos en los otros dos hábitos.<sup>99</sup> Aunque la teoría de Maritain cuenta con numerosos partidarios, insignes autores como Déman<sup>100</sup> y Ramírez<sup>101</sup> consideran que esa tesis no tiene asidero en la doctrina de Santo Tomás. Para éste, en el concepto de conocimiento científico entra todo conocimiento que se haya logrado mediante un razonamiento; lo que define una ciencia y la constituye es el modo discursivo de conocer un objeto, o sea, el *lumen sub quo*, y no el método científico. Esos conocimientos prácticos a los que se refiere Maritain, o son el resultado de un razonamiento, y entonces pertenecen con todo derecho a la ciencia moral o Ética (aunque no se hayan obtenido por el método científico escolástico o por cualquier otro método), o son efectos de las virtudes partes integrales de la prudencia, y entonces pertenecen a esta virtud, como explica claramente Santo Tomás en el Comentario al Libro VI de la *Ética a Nicómaco*.<sup>102</sup> No caben términos medios. Todo un capítulo del Tercer Libro de la Suma Contra Gentiles (el 97) está dedicado al análisis de las diferencias entre la ciencia moral y la prudencia (= providencia) y a explicar cómo se divide todo el conocimiento práctico.

### C. TERCER GRADO DEL CONOCIMIENTO PRÁCTICO

En la virtud de la prudencia el conocimiento práctico alcanza su grado culminante. Recta razón discursiva de lo particular operable, esta virtud se constituye por la convergencia de varios actos y hábitos complementarios, pues va del consejo al imperio pasando por el juicio<sup>103</sup> e incluye los datos universales de la *sindéresis* y de la ciencia moral y la cooperación de la voluntad y de la cogitativa.<sup>104</sup> Como la ciencia, parte la prudencia de los principios cognoscitivos evidentes y tiene como sujeto el entendimiento *ut ratio* en su función práctica. Para determinar la naturaleza del conocimiento práctico que le es propio se debe analizar cómo convergen hacia él todos los elementos anteriormente aludidos. Aunque Santo Tomás no haya unido en una sola exposición orgánica el conjunto de esos elementos, lo que afirma en lugares dispersos nos da la posibilidad de reconstruir sistemáticamente su enseñanza.

a) *Dependencia del conocimiento prudencial con respecto a la sindéresis y la ciencia moral*: lo que podemos afirmar de la dependencia del conocimiento práctico prudencial con respecto a la *sindéresis* es análogo a lo que se afirma sobre las relaciones existentes entre el hábito de los primeros principios especu-

<sup>99</sup> J. MARITAIN, *Distinguer pour unir ou Les Degrés du Savoir*, París, 1932, pp. 618-627, 979-896; *Science et sagesse, suivie d'éclaircissements sur la Philosophie Morale*, París, 1935, p. 227-240; *Neuf leçons sur les notions premières de la Philosophie Morale*, París, 1951. Maritain presenta siempre esta tesis unida a la otra sobre la filosofía moral cristiana.

<sup>100</sup> TH. DEMAN O.P., "Sur l'organisation du savoir moral", en *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques*, 23 (1934), 258-269.

<sup>101</sup> S. RAMÍREZ, *La science morale pratique*, o.s.c. Sobre esta polémica y su correspondiente bibliografía, Cfr. O. LOTTIN, o.s.c., pp. 20-21 y T. URDANOZ, o.s.c., pp. 30-31, 48-49.

<sup>102</sup> In VI Ethic., Lect. 2 in fine.

<sup>103</sup> Cfr. II-II, q. 47, a. 8; II-II, q. 57, a. 6; In III St. D. 33, q. 2, a. 3; De Virt. in Comm., a. 12 ad 26; De Virt. Card., a. 1; In VI Eth. 1. 9; etc.

<sup>104</sup> La función de la cogitativa es la de contribuir instrumentalmente a la formación del conocimiento práctico, propio de la prudencia (Cfr. De Veritate, q. 10, a. 5; etc.).

lativos y la ciencia o, si se quiere decir de otra manera, sobre las relaciones entre los actos del entendimiento *ut natura* y los del entendimiento *ut ratio*. El entendimiento-razón, sea que especule sobre lo necesario y universal como sobre lo contingente y singular, necesariamente debe partir de proposiciones evidentes proporcionadas por el entendimiento-naturaleza; de lo contrario, ninguna rectitud o conocimiento de la verdad podría darse en las conclusiones desde el momento en que la verdad del juicio demostrativo depende y deriva de la rectitud o verdad de los primeros principios. No es menester insistir sobre este punto, tan lógico dentro del planteo tomista, y sobre el que encontramos numerosas afirmaciones expresas.<sup>105</sup> Solamente cabe señalar una diferencia que quita un poco de fuerza a esta analogía (sindéresis-prudencia = *intellectus*-ciencia), y es la que se refiere al distinto grado de rectitud o seguridad en el conocimiento de la verdad que distingue a los órdenes especulativo y práctico, que luego consideraremos.

Pero no solamente la sindéresis representa un papel en la formulación del juicio o criterio práctico de la prudencia, también representa el suyo la ciencia práctica (moral o jurídica). En el orden de la actividad concreta no basta el conocimiento germinal de los primeros principios, justamente por ser embrionario. Más aún, no puede corresponderle a la prudencia misma desentrañar el contenido potencial o virtual de los principios; es la función propia de la ciencia. Con frecuencia se constata cómo se deja en la sombra este hecho tan importante, cual si no existiera ninguna vinculación entre ciencia y prudencia o marchasen por senderos separados. Maritain las desvincula aún más con su teoría de un conocimiento práctico-práctico intermedio. Santo Tomás, que establece claramente cómo la disposición realizada por el hábito de los primeros principios universales del orden moral no es suficiente para juzgar rectamente de lo particular operable, admite con no menor claridad la necesidad de esa previa disposición para el perfecto desarrollo del conocimiento práctico prudencial.<sup>106</sup> Si es cierto que la prudencia agrega algo sobre el juicio científico, por lo mismo que le agrega lo supone.<sup>107</sup> No quiere esto decir que para la existencia de la prudencia individual sea necesario en el sujeto actuante un desarrollo conocimiento de la ciencia moral sistemática, ya que uno de los elementos más propios de la prudencia es la experiencia,<sup>108</sup> pero sí es necesario un cierto conocimiento racional o razonado, que ya es ciencia según el concepto de este hábito en el sistema gnoseológico aristotélico-tomista. Por otra parte, sería en cierta medida ridículo suponer que en la complejidad del orden moral y en la intrincada gama de circunstancia que rodean al acto humano se pudiera lograr un juicio prudencial acertado con el solo caudal del saber suministrado por la sindéresis y el poco más obtenido experimentalmente en el transcurso de los años. Si ello fuese totalmente verdad, no tendríamos por qué hablar en

<sup>105</sup> I-II, q. 58, a. 4; "Así como todo juicio de la razón especulativa procede del conocimiento natural de los primeros principios, de la misma manera todo juicio de la razón práctica procede de ciertos principios naturalmente conocidos" (I-III, q. 100, a. 1); "La sindéresis mueve a la prudencia como el *intellectus principiorum* a la ciencia" (II-II, q. 47 a. 6 ad 3). Cfr. ib. corp. y ad 1; In III St. D. 33, q. 2, a. 4, q. 4; De Veritate, q. 16, aa. 1 y 2; q. 22, aa. 5 y 6; etc. . . .

<sup>106</sup> I-II, q. 58, a. 5.

<sup>107</sup> De Virt. in Comm. a. 6 ad 1.

<sup>108</sup> In VI Ethic., lect. 7.

moral de una ignorancia "culpable" y considerarla como causa agravante del pecado.<sup>109</sup> El conocimiento de la ciencia práctica contribuye, por tanto, a la perfección del razonamiento prudencial que lo supone como una de sus premisas universales. Hace depender la prudencia del último juicio práctico científico que, en cuanto cognoscitivo, es anterior a cualquiera de los otros actos propios de la prudencia o de sus partes potenciales, que se preocupa de distinguir meticulosamente de la ciencia.<sup>110</sup> Las conclusiones científicas son principios intermedios situados entre la sindéresis y la prudencia, fruto de un razonamiento especulativo en lo que respecta a su universalidad, aunque prácticos por su ordenación mediata a la operación. Además, la reducción del razonamiento prudencial a los principios de la sindéresis debe realizarse a través de la ciencia (conciencia consecuente), dada la fisonomía progresiva y reflexiva del conocimiento humano.<sup>111</sup> La formación de los hábitos científicos contribuye así a la formación de la prudencia, aunque no se trate del único elemento necesario; de todos modos, Santo Tomás los incluye entre las partes integrales de esa virtud.<sup>112</sup> Aunque el silogismo prudencial pueda partir directamente de los primeros principios y concluir inmediatamente,<sup>113</sup> es menester reconocer que no siempre, y ni siquiera en la mayor parte de los casos, sucede de esa manera, así como no todas las conclusiones científicas están contenidas inmediatamente en los principios. Un mayor conocimiento universal es siempre útil y necesario.

En el orden especulativo es casi imposible que el entendimiento, sin echar mano a un tercer elemento, pueda progresar discursivamente: los principios son aplicados por la razón a los nuevos términos experimentalmente logrados, pues si de algo juzga a la luz de los principios es por toda fuerza necesario admitir que de alguna parte debe salir ese algo. Lo que se afirma en el orden especulativo debe afirmarse también en el práctico. Esos principios intermedios o conclusiones de la ciencia práctica Santo Tomás los llama *propositiones quae innotescunt per inquisitionem rationis*; y eso es lo formal de un conocimiento que pueda ser considerado científico y que incluya una gran parte de toda esa serie de conocimientos pragmáticos que Maritain quería situar entre la ciencia moral y la prudencia.<sup>114</sup>

b) *Dependencia del conocimiento práctico con respecto al apetito*: el otro elemento que interviene con su influjo en el conocimiento práctico de la prudencia (que consiste en la aplicación del conocimiento universal a la operación),<sup>115</sup> es el del apetito naturalmente recto. Santo Tomás lo dice con gran frecuencia <sup>116</sup> ¿Qué es este apetito naturalmente recto? Se trata de un presu-

<sup>109</sup> I-II, q. 6, a. 8; q. 76; etc. ...

<sup>110</sup> In VI Eth., lect. 8; I-II, q. 58, a. 5; *De Virt. in Comm.* a. 6 ad 1.

<sup>111</sup> *De Veritate*, q. 17, a. 1.

<sup>112</sup> II-II, q. 47, a. 4.

<sup>113</sup> *De Veritate*, q. 17, a. 2 *in fine*

<sup>114</sup> In II Eth., D. 39, q. 3, a. 2.

<sup>115</sup> Cfr. II-II, q. 47, a. 1 ad 3. Lo dice con frecuencia.

<sup>116</sup> Cfr. I-II, q. 56, a. 2 ad 3; a. 3; q. 57, a. 4; a. 5 ad 3; q. 58, a. 3 ad 1; a. 2 ad 4; a. 4; a. 5 ad 1; q. 60, a. 1; q. 64, a. 3; q. 65, a. 1; q. 100, a. 1; II-II, q. 47, a. 1 ad 2; a. 4; a. 13 ad 2; a. 16 ad 1; In II St. D. 41, q. 1. a. 1 ad 6; In III St. D. 33, q. 1, a. 1; *De Virt. Card.*, a. 2; In VI Ethic., lect. 4 y 7; *De Veritate*, q. 16 aa. 1 y 2; q. 22, aa. 5 y 6. Los textos equivalentes son numerosísimos, por ejemplo, I, q. 22, a. 1 ad 3; I-II, q. 57, a. 4; q. 58, a. 5; q. 65, aa. 1 y 2; q. 73, a. 1 c. y ad 2; In III St. D. 36, a. 1; *De Veritate*, q. 5, a. 1 c. y ad 11; *De Virt. Card.* a. 3; etc. ... Cfr. B. ХИВЕРТА, O.C., "De cooperatione voluntatis in cognitione", en *Divus Thomas* (Piac.) 41 (1938), p. 494 y ss.

puesto fundamentalísimo y yo me atrevería a llamarlo el secreto principal para comprender la sistemática moral tomista. Todas las acciones humanas proceden de la voluntad, pero existe un primer acto voluntario elícito que responde fielmente a la tendencia natural o apetito innato de la voluntad *ut natura* y es el que versa sobre el objeto propio y adecuado de esta potencia y que la razón naturalmente recta le presenta (síndéresis).<sup>117</sup> Es esto lo que Santo Tomás denomina "apetito recto natural", en cuyo mismo concepto descubrimos cuáles son sus relaciones con la síndéresis y por qué dice que se trata de una participación de ésta en el apetito.<sup>118</sup> El término *natural* debe ser entendido aquí de un modo semejante al que le damos cuando hablamos de la naturalidad del hábito de los primeros principios; sin dejar de alcanzar al concepto de apetito, todo el valor y la fuerza de este vocablo deben ser cargados sobre el concepto de *rectitud*, es decir que lo que Santo Tomás desea expresar principalmente es que se trata de un movimiento apetitivo cuya rectitud moral no se adquiere sino que es natural en algún sentido, como no es adquirida sino natural la verdad de los primeros principios. ¿Por qué lo llama entonces *natural*? Para distinguirlo de los actos subsiguientes de la voluntad, cuya rectitud depende de él y es de todas maneras adquirida. Es el mismo problema que hallamos al considerar el hábito de los primeros principios. Santo Tomás juega con el sentido analógico de naturaleza, y no puede hacer menos, ya que de algún modo debe explicar este fenómeno tan importante para determinar la génesis del orden moral. La explicación psicológica del mismo es relativamente sencilla; ha sido formulada con relativa frecuencia por Santo Tomás, cada vez que se pregunta si la voluntad puede querer algo necesariamente.<sup>119</sup> Pese a lo ya explicado, debemos insistir en esta enseñanza, dada la importancia que tiene y la frecuencia con que es pasada por alto. Supuesto que el objeto que mueve a la voluntad es el bien en cuanto conocido por la inteligencia se sigue que, aun cuando en su ejercicio la voluntad sea independiente de toda causa exterior, excepción hecha de la Primera Causa Eficiente o del mismo Bien Universal,<sup>120</sup> depende de la razón en el orden de la especificación, y en todos y cada uno de sus actos sin excepción.<sup>121</sup> Recordemos que ningún acto procede de la voluntad si no es bajo el influjo de la inteligencia y viceversa, salvo en el caso de la simple inteligencia. Por su misma noción de apetito racional, la voluntad tiende al objeto tal como éste ha sido captado, presentado o impreso en ella por el entendimiento. Si el entendimiento capta un objeto como naturalmente bueno y necesario y así lo presenta a la voluntad, ésta tiende *necesariamente* hacia él: tal es el caso

<sup>117</sup> "La rectitud de la razón es natural; de esta manera la determinación del fin pertenece a la razón natural" (In III St. D. 33, q. 2, a. 3. Ver el contexto de este artículo donde se ve la intención del autor al decir esto).

<sup>118</sup> "La rectitud natural de la razón es más noble que la rectificación del apetito que tiene lugar por participación de la razón; dicha rectificación corresponde a la virtud moral" (I-II, q. 63, a. 2 ad 3).

<sup>119</sup> Cfr. I, q. 82, aa. 1 y 2; I-III, q. 10, a. 2; II St. D. 25, a. 2; De Veritate, q. 22, a. 6; De Malo, q. 6; I Perih, lect. 14; etc. . . .

<sup>120</sup> Cfr. I, q. 83, a. 1 ad 3; I-II, q. 10, a. 4; De Veritate, q. 24, a. 1, ad 3; De Malo, q. 6, a. 3; etc. . . .

<sup>121</sup> C.C. L. III, c. 26; Cfr. I-III, q. 9, a. 1; I, q. 82, a. 4; De Veritate, q. 22, a. 12; de Malo, q. 6; etc. . . . La intercausalidad entre entendimiento y voluntad no puede prolongarse indefinidamente, por ello es menester admitir un comienzo en los actos humanos que pertenece al entendimiento; I, q. 82, a. 4 ad 3. Esto explica cómo la voluntad en el ejercicio de su mismo apetito recto natural depende del entendimiento.

del fin último y de los fines naturales: "si se llega a aprehender algo como bien conveniente según todas las particularidades que se pueden considerar, por necesidad moverá a la voluntad; por esta razón el hombre por necesidad apetece la bienaventuranza".<sup>122</sup> Frente a estos objetos la voluntad no puede menos que moverse natural y rectamente.<sup>123</sup> El concepto de apetito recto natural equivale entonces al concepto de apetito necesario *quoad specificationem* que figura en la división que se suele presentar del apetito; y es que todo apetito necesario no puede menos que ser naturalmente recto. Es esto, creemos, lo que quiere expresar Santo Tomás cuando dice que los fines de las virtudes morales son natural y rectamente queridos por la voluntad, pues la razón que le dicta esos fines es también naturalmente recta.<sup>124</sup> El apetito recto natural es un movimiento absoluto de la voluntad hacia los fines u objetos naturales precisamente porque es posterior a un acto o juicio absoluto de la inteligencia.<sup>125</sup> La razón natural práctica o sindéresis es como una ley para nuestra inteligencia, porque contiene los primeros principios que deben gobernar todas nuestras acciones y constituyen los postulados de la ley natural.<sup>126</sup> Esos principios formulan los objetos especificativos primeros del apetito racional y de las otras potencias, o lo que Santo Tomás llama los fines naturales de las virtudes morales,<sup>127</sup> y hacia los que la voluntad tiende espontáneamente. El apetito sigue de una manera absoluta los dictámenes de la razón natural que son absolutos<sup>128</sup> y se inclina naturalmente hacia el bien por el simple hecho de tratarse de un movimiento apetitivo en estrecha dependencia con la razón naturalmente recta.<sup>129</sup> Es claro que la raíz profunda de todo esto reside en que esos dictámenes de la sindéresis responden fielmente a la tendencia innata de la voluntad y que en esta existe

---

<sup>122</sup> Véase la nota 119. En todos estos lugares Santo Tomás insiste sobre la distinción entre tres tipos de necesidad: natural ("*ex principio intrinseco; sive materiali... sive formalí*"), y extrínseca, que puede ser de fin (*necessitas finis*) o de agente (*necessitas coactionis*). Los dos primeros no ofrecen obstáculos a la voluntad, el tercero sí.

<sup>123</sup> Cfr. I, q. 60, a. 1 y 2; I-II, q. 10, a. 1; In III St. D. 27, q. 1, a. 2. De Veritate, q. 22, a. 5; De Malo, q. 6; q. 16, a. 4 ad 5; etc....

<sup>124</sup> "La voluntad racional que inclina al bien es la voluntad en cuanto es naturaleza humana, o sea, en cuanto sigue a la aprehensión de los principios universales del derecho" (In II St. D. 39, q. 2, a. 2); "La inclinación natural en el apetito sigue a la concepción natural en el conocimiento" (In II St. D. 33, q. 1, a. 1 *in arg. 4 sed contra*). Ver I-II, q. 19, a. 3 ad 2; q. 58, a. 5 ad 1; II-II, q. 47, a. 7; etc. ...

<sup>125</sup> Cfr. De Veritate, q. 22, a. 13; II-II, q. 12, a. 1 ad 4; etc. ...

<sup>126</sup> "La sindéresis se dice ley para nuestro entendimiento, en cuanto que es un hábito que contiene los preceptos de la ley natural, que son los primeros principios de las operaciones humanas" (I-II, q. 94, a. 1 ad 2).

<sup>127</sup> "Los preceptos del decálogo caen bajo la estimación de los hombres como perteneciendo a la razón natural. Sobre todo corresponden al dictamen de la razón natural los fines de la vida humana, que se comportan en el orden del obrar como los principios naturalmente conocidos en el orden especulativo" (II-II, q. 56, a. 1).

<sup>128</sup> "...en la razón del hombre inhiere naturalmente algunos principios naturalmente conocidos tanto especulativos cuanto prácticos... en la voluntad, a su vez, inhiere cierto apetito natural del bien que es según la razón" (I-II, q. 63, a. 1).

<sup>129</sup> "La inclinación natural hacia el fin presupone cierto entendimiento que proponga el fin de la naturaleza y que le proporcione una inclinación hacia ese fin" (In II St. D. 41, q. 1, a. 1 ad 6). Cfr. II-II, q. 47 a. 6 c. y ad 1; In III St. D. 33, q. 2, a. 3; etc. ...

una predisposición para obedecer prontamente los dictámenes de la sindéresis.<sup>130</sup>

Santo Tomás se ha detenido en la explicación de este hecho básico en su sistema ético. Si es cierto que define la verdad práctica por la adecuación del entendimiento con el apetito recto natural, no debe perderse de vista que hace derivar la rectitud de este último de la recta razón natural, ya que todo lo recto supone una ordenación y solamente la razón puede ordenar. El concepto de apetito natural innato es un sólido apoyo para explicar el origen remoto de dicha rectitud, pero no basta para explicarla y determinarla en concreto. Los fines de la voluntad preexisten en la razón natural a modo de verdades primarias del orden operativo, por sí mismas evidentes e indemostrables. En la razón especulativa lo primero que cae bajo el entendimiento es la noción del ser, no necesariamente metafísica o sapiencial, que se encuentra implícitamente contenida en todo lo que la razón especulativa alcanza posteriormente. El primer principio especulativo, fundado de esta manera sobre el concepto común de ser y su negación, es el *principio de contradicción*, y sobre él se afirma la certeza de los demás principios y juicios científicos. Pues bien, así como el concepto de ser es el que cae bajo la razón especulativa, el de bien cae bajo la aprehensión de la razón práctica, cuya propia función es ordenar a la operación la verdad conocida. Mas si el ser es el objeto adecuado del entendimiento, el bien lo es de la voluntad<sup>131</sup> y esto señala el fundamento de las relaciones entre el entendimiento práctico y el apetito. El primer principio del orden práctico será, por tanto, una extensión del principio de contradicción referido, no ya simplemente a la noción de ser, sino a la de bien y no bien,<sup>132</sup> constituyendo la norma básica de todas las operaciones humanas al incluir bajo su noción universalísima todos los demás principios, naturales o deducidos, que gobiernan el orden práctico. Podríamos aquí repetir, sobre la formación de los primeros principios prácticos, lo que se dice sobre la formación de los primeros principios especulativos.<sup>133</sup>

El objeto captado como bueno naturalmente por la sindéresis se convierte al instante en objeto propio del apetito recto natural, ya que el apetito por su misma naturaleza intrínseca (apetito innato) se ordena al bien como a su fin.<sup>134</sup> Este apetito recto natural del fin último y de los fines naturales es un apetito necesario (el apetito del fin último no pertenece al número de aquellas cosas

<sup>130</sup> Cfr. In III St. D. 33, q. 1, a. 2, q. 1. Al tratar del apetito recto natural se debe insistir especialmente sobre el aspecto que toca a la voluntad, pero también debe tenerse en cuenta el aspecto que atañe a las disposiciones orgánicas y sensitivas señalado por Santo Tomás en este texto. Es un hecho de segunda importancia pero de ninguna manera despreciable. Esas inclinaciones psicofísicas solamente pueden ser consideradas apetito recto natural en cuanto asumidas por la tendencia de la voluntad que recibe este nombre en sentido propio, pues así como pueden estar inclinadas hacia el bien pueden estarlo también hacia el mal. Cfr. C. WILLIAMS, O.P., *De Multiplici Virtutum Forma...*, pp. 62-63, ofrece una explicación más completa de esto.

<sup>131</sup> I-II, q. 1, a. 1; etc....

<sup>132</sup> Cfr. I-II, q. 94, a. 2; q. 57, a. 2; C.G. L. III, c. 129; etc....

<sup>133</sup> Entre los muchos estudios que se han hecho sobre *intellectus principiorum* y la sindéresis, nos complace citar especialmente el artículo de J. PETRIN, "L'habitus des principes speculatifs, et la syndérese", en *Revue de l'Université d'Ottawa*, 16 (1946), pp. 75-84.

<sup>134</sup> Cfr. I, q. 5, a. 1; a. 2 ad 1; In I St. D. 34, q. 2, a. 1 ad 4; IV St., D. 49, q. 1, a. 2, q. 1; De Veritate, q. 21, a. 2; q. 22, a. 1; C.G. L. I, c. 40; etc....

de las que somos dueños),<sup>135</sup> pero este concepto de necesidad, si bien excluye el de libertad, no se opone directamente a él, pues se trata de una necesidad natural y no de una necesidad de coacción (la necesidad natural no quita la libertad de la voluntad).<sup>136</sup> Por tanto, la aceptación de un apetito recto natural en este sentido, lejos de destruir el libre albedrío, lo hace posible, puesto que sin un primer impulso recto serían imposibles los actos posteriores elícitos y libres: "así como la naturaleza es el fundamento de la voluntad, así lo que naturalmente se apetece es el principio y fundamento de los demás apetecibles".<sup>137</sup> Supuesto este primer apetito necesario y recto, la voluntad puede apetecer otros bienes particulares, y podrá hacerlo rectamente porque este primer movimiento se constituye en norma de la misma actividad racional práctica.<sup>138</sup> Solo basta agregar de qué manera y bajo qué condiciones. Pero es menester subrayar el hecho de que este apetito se constituye por una participación de la *syndéresis*: "la natural rectitud de la razón es más noble que la rectificación del apetito, que se hace por una participación de la razón, y esa rectificación pertenece a las virtudes morales".<sup>139</sup> Esto es lo que evita un círculo vicioso en las relaciones entre la razón y el apetito rectos.

Ahora bien, es este apetito el que afirmábamos se halla supuesto en el conocimiento práctico de la prudencia. San Alberto Magno, que como Santo Tomás sufre en esto una fuerte influencia aristotélica, cuando intenta determinar el sujeto propio de la prudencia, afirma: "El hábito de la prudencia pertenece simplemente a la voluntad en cuanto que lo engendra y a la razón solamente como un sujeto".<sup>140</sup> Su preocupación consiste en salvar la naturaleza de la prudencia como virtud perfecta (o *simpliciter*) y, por ello marca de esta manera el influjo de la voluntad. Más acertadamente su discípulo, sin poner en peligro la fisonomía esencialmente intelectual de esta virtud, se apoya para definirla sobre el concepto de verdad práctica, que atribuye a Aristóteles y describe como una "adecuación entre la voluntad y el apetito recto".<sup>141</sup> La formulación de esta definición se encuentra literalmente en la *Ética a Nicómaco*,<sup>142</sup> aunque quizá podría discutirse si con el mismo sentido con que la interpreta Santo Tomás. Él la hace suya para establecer el objeto propio de la

<sup>135</sup> *Appetitus finis ultimi non est de his quorum domini sumus* (I, q. 82, a. 1 ad 3).

<sup>136</sup> *Necessitas autem naturalis non aufert libertatem voluntatis* (I, q. 82, a. 1 ad 1).

<sup>137</sup> *Sicut natura est voluntatis fundamentum, ita appetibile quod naturaliter appetitur est aliorum appetibilium principium et fundamentum* (De Veritate, q. 22, a. 5).

<sup>138</sup> Es lo que intenta demostrar Santo Tomás a lo largo de todo el tratado de la Prudencia.

<sup>139</sup> "Naturalis rectitudo rationis est nobilior rectificatione appetitus, quae fit per participationem rationis, quae quidem rectificatio pertinet ad virtutem moralem" (I-II, q. 63, a. 2 ad 3).

<sup>140</sup> *Habitus prudentiae est simpliciter voluntatis ut generantis ipsum, rationis autem ut subiecti tantum*. Cfr. O. LOTRIN, "Les débuts du traité de la Prudence au Moyen Age", en *Psychologie et Morale aux XII-XIII ss.* t. III, 1 (1949), p. 267. Analiza allí el texto de San Alberto.

<sup>141</sup> Cfr. I-II, q. 57, a. 5 ad 3; q. 64, a. 3; De Veritate, q. 1, a. 2; De Virt. in Comm., a. 13; In I. Perih., lec. 7; In VI Ethic., lect. 2; etc...

<sup>142</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómano*, L. VI, c. 2, Bk. 1139a21.

prudencia y, en cierta medida, también del arte. Al comentar estas palabras previene contra la posibilidad de caer en un círculo vicioso: el apetito recto depende de la razón recta y la razón recta del apetito recto. Sería una tautología si no se tuviese en cuenta que el apetito recto que depende de la razón prudencial es el de los medios, mientras que el apetito recto del que la razón prudencial participa es el del fin último o el de los fines naturales (*semīna virtutum*).<sup>143</sup> Áureamente sintetiza esta doctrina con las siguientes palabras: "la razón, en cuanto que es aprehensiva del fin, precede al apetito del fin; pero el apetito del fin precede a la razón racionante (= prudencia) para elegir los medios para el fin, lo que es propio de la prudencia".<sup>144</sup> Claramente deja así establecido el orden natural y gradual de las relaciones entre el apetito y la razón, entre la verdad práctica y la especulativa, no como una contraposición sino como una continuidad: sindéresis (verdad especulativa = adecuación entre el entendimiento y la realidad) — apetito recto de los fines (virtudes morales en acto primero) — prudencia (verdad práctica = adecuación entre el entendimiento y el apetito recto) — apetito recto de los medios (virtudes morales en acto segundo), o elección.

La verdad práctica es pues una verdad que versa sobre lo particular concreto, contingente y variable, tomado en su singularidad real, y esa es la razón de que no pueda menos que suponer la intervención del apetito. De esta manera, la prudencia no incluye solamente una dependencia con respecto a los otros hábitos intelectuales, sino que, además, supone una participación del impulso apetitivo. Es que la prudencia, en cuanto actividad del entendimiento práctico, mueve a la operación, y el movimiento no puede corresponderle a la razón sino en cuanto supone en ella la participación o colaboración del apetito. La prudencia no constituye una norma general o universal para todo el orden práctico (eso

<sup>143</sup> "El bien del entendimiento práctico no es la verdad absoluta (especulativa) sino la verdad *confesse se habens*, es decir, que concuerda con el apetito recto, como ya se demostró que así concuerdan las virtudes morales. Pero aquí nace cierta duda. Puesto que si la verdad del entendimiento práctico se determina por comparación con el apetito recto, a su vez la rectitud del apetito se determina por el hecho de que concuerda con la razón recta...; y esto parece ser un círculo vicioso. Como respuesta se ha de decir que el apetito puede versar sobre el fin y sobre los medios; el fin está determinado para el hombre por la naturaleza (como se ve en el II De Anima). Los medios, en cambio, no nos son determinados por la naturaleza, sino que han de ser investigados por la razón. De esta manera queda de manifiesto que la rectitud del apetito con respecto al fin es la medida de la verdad en la razón práctica. Y según esto se determina la verdad de la razón práctica según su concordia con el apetito recto (del fin). Pero la misma verdad de la razón práctica es norma de la rectitud del apetito respecto de los medios. Por tanto, según esto, se le llama recto al apetito que sigue a lo que se llama razón verdadera" (In VI Ethic., lect. 2).

<sup>144</sup> Es necesario subrayar aquí un detalle: Santo Tomás establece a menudo la analogía *intellectus scientia = Synderesis Prudentia*, pero también se encontrará la analogía *intellectus scientia = appetitus finis prudentia* (como en el texto citado en la nota anterior y en otros, por ejemplo, I-II, q. 56, a 3; q. 65, a. 1; etc.). Según el P. RAMÍREZ (*De Homīnis Beatitudine*, t. I, p. 178) la analogía que enseña Aristóteles entre el orden especulativo y el práctico, solamente en el campo intelectual, Santo Tomás la trasladó al apetito, fundándose en la mutua inclusión de los objetos de ambas potencias (Cfr. I, q. 82, a. 4 ad 1). En última instancia, tratándose de la determinación o de la verdad práctica, ambas analogías se reducen a la misma, porque la determinación de la tendencia al fin en el apetito recto natural proviene de la sindéresis.

queda reservado a la sindéresis y a la ciencia) o para toda una serie de operaciones en abstracto, sino para una operación concreta, individual e inmediata. En la actividad humana existe un movimiento circular nacido en el conocimiento sensorial del singular y comunicado al entendimiento por el proceso de la abstracción que tiene como término de producción la llamada verdad especulativa, es propuesta por el entendimiento al apetito como fin y aplicado por el apetito a las otras potencias en el uso del objeto elegido, en el que muere como verdad práctica después de haber emanado de él como verdad especulativa.<sup>145</sup> El apetito recto natural tiene una gravitación de la sindéresis, pero en los juicios posteriores del entendimiento es él quien gravita, determinando la última instancia de la verdad.

DOMINGO BASSO O. P.

---

<sup>145</sup> Cfr. De Veritate, q. 1, a. 2. Véase en Aristóteles (III De Anima, c. 10, Didot III, 472, 19 - 473, 25) la doctrina que alude en esa cita. Santo Tomás, en su comentario (lect. 15) otorga importancia a esta doctrina aristotélica y con lujo de detalles explica el motivo psicológico que tiene como origen el apetito y el entendimiento práctico.

## ACTITUDES GNOSEOLÓGICAS Y CONCEPCIONES DE LA NORMA JURÍDICA

### I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que, siendo la filosofía la ciencia del ente en general —esto, principalmente en Metafísica— ningún tipo de ente puede quedar fuera de su consideración ni, por tanto, la norma jurídica.

Dice Santo Tomás de Aquino al comienzo de su *Comentario a la Ética de Aristóteles*, que el objeto propio de la razón es el orden y que, por tanto, las partes de la Filosofía (conocimiento eminentemente racional) serán tantas como los diversos tipos de orden que la razón investiga.

Hay un *orden* —afirma— que la razón humana *considera*, pero no hace, y este es el *orden natural*, cuyo estudio corresponde a la Filosofía natural, tomada ésta con tanta amplitud que comprenda también a la Metafísica.

Hay un *segundo orden* —continúa diciendo— que la razón, considerando, *hace* en sus propios actos, ordenando entre sí los conceptos y los signos de éstos, que son las voces significativas; es el *orden racional*, cuya consideración corresponde a la filosofía racional (la *Lógica* y la *Gramática*).

Existe un *tercer orden* —expresa— que la razón, considerando, *hace* en las operaciones de la voluntad, y este es el orden Moral o Ético, que es estudiado por la disciplina que lleva esos mismos nombres.

Y, finalmente —afirma— hay un *cuarto orden* que la razón humana considerando, *hace* en las cosas exteriores construidas por él como una cosa o un arca; y este orden corresponde a las artes mecánicas.<sup>1</sup>

Como se nos pide hablar de la *normatividad jurídica*, es menester ubicar las *normas jurídicas* en uno de esos órdenes.

Evidentemente, no pertenece lo jurídico al *orden natural*, porque, aunque se admita un derecho natural, éste no se actualiza de por sí, a la manera de una planta o de un animal; no es algo hecho independientemente del conocimiento y de la voluntad humanas.

Tampoco pertenece lo jurídico al *orden racional*, porque el orden jurídico no es un ordenamiento de palabras ni de conceptos (aunque incluya instrumentalmente muchos de éstos), sino de acciones humanas *ad alterum*.

---

<sup>1</sup> S. TOMÁS, *In Ethic.*, I, 1.

Menos aún pertenece al orden de las *artes mecánicas*, porque aunque el derecho se dé *in concreto* en actos humanos exteriores, y aunque las normas positivas, se expresen anteriormente por palabras o acciones sensibles (costumbres jurídicas), no busca, el orden jurídico, el bien de una cosa exterior, sino el bien del hombre mismo; ese bien que reside en la ordenada convivencia dentro del bien común político.

Necesariamente, pues —si admitimos que los cuatro órdenes enumerados por Santo Tomás agotan los accesibles a las ciencias, técnica y a la Filosofía— el orden jurídico debe pertenecer al *orden moral o ético*; y ser, su Filosofía, una parte de las disciplinas morales o éticas.

No ignoramos que entre nosotros la *escuela egológica* ubica —sí— el derecho en el orden *ético*; pero no en el *moral*. Esto implica una disociación entre Ética y Moral difícil de aceptar, salvo que reduzcamos la moral a la moral individual. Pero sí, con la escuela aristotélica, admitimos que la Ética (o Moral) comprende tres partes: la *Monástica* (de *monos*, uno) o moral individual; la *Económica*<sup>2</sup> o moral doméstica, y la *Política* o moral social (el orden de la *polis*), entonces no encontramos dificultad en ubicar lo jurídico dentro de la *Política* como ciencia práctica del buen obrar humano en sociedad; no por cierto como arte de la habilidad y fuerza amorales para adquirir y conservar el poder (Maquiavelo y sus inúmeros seguidores teóricos y prácticos).

Se dirá, empero, que en la moral no puede dejar de considerarse la intención y sí, a menudo, en el derecho. Esto no lo ignoraba Santo Tomás (*S. Theol.*, II-II, q. 57, a. 1. c), pues sostiene allí que el acto justo es tal "*aun no considerando con qué ánimo lo lleva a cabo el agente*".

Es que el derecho era para él —en la primera acepción del término análogo *ius*—, la *ipsa res iusta*, la misma "cosa"<sup>3</sup> justa: los \$ 10.000 que debo a Fulano, y el acto mismo de pagárselos; el cuidado y educación que los padres deben a sus hijos; la obediencia y respeto que éstos deben a sus padres; el deber de mutua fidelidad entre los esposos, etc. Y en estos casos —en mayor o menor grado— se cumple con la *res iusta* poniendo los actos correspondientes, aunque no estén guiados por una intención de justicia.

Admitía, así, el Aquinate dos tipos de justicia:<sup>4</sup> una *justicia subjetiva* o *justicia virtud*, que como todas las virtudes requería la correspondiente intención recta; y una *justicia objetiva*, que era la ínsita en el acto en relación a otro, y que podía existir sin la primera. Esta justicia ("*essentialiter rectitudo*") es la justicia coesencial al derecho; mientras que la justicia virtud es "*causaliter restitudo*".

También dice Santo Tomás que existen dos clases de *débito*: el *débito legal*, que es aquello que se debe por exigencias de una ley, y el *débito moral*, que es debido "por la honestidad de la virtud".<sup>5</sup>

<sup>2</sup> De *oikos*, casa. No debe confundirse con la actual Economía (política).

<sup>3</sup> "Cosa" (*res*) en un sentido tan amplio como el de "ente". No se reduce a significar los entes materiales.

<sup>4</sup> S. TOMÁS, *S. Teol.*, II-II, q. 58, a. 1, ad. 2.

<sup>5</sup> S. TOMÁS, *S. Teol.*, II-II, q. 80, a. 1.

Vemos así que el derecho, sin dejar de pertenecer a la *ética o moral*, forma un sector muy *sui generis* dentro de ella; de allí la frecuencia de dos errores diametralmente opuestos: el de la *excesiva moralización* del derecho, reduciendo la justicia objetiva a la subjetiva, y el débito legal al débito moral, pura y simplemente; y el de la *excesiva amoralización* del derecho: positivismo, empirismo lógico, Teoría Pura del derecho, "realismo" jurídico escandinavo y estadounidense, ciertas ramas de la filosofía analítica, etc., que separan abruptamente derecho y moral, como si pudiera subsistir una sociedad *intrínseca, total y esencialmente* inmoral en su regulación jurídica; como si el derecho no fuera, según se ha dicho, un *minimum de ética*.

## II. GNOSEOLOGÍA Y NORMAS JURÍDICAS

Para el Aquinate —en posición que compartimos— el derecho, en su primera y principal acepción *no es la ley*. Dice: "*la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho*".<sup>6</sup>

Porque el derecho (lo justo, lo derecho) se da en el orden *real-social*, en el entrecruzarse de reales conductas, mientras que la ley es un *ente intencional o ideal*, que sólo existe en la razón práctica, aunque objetiva y no subjetivamente. Y es "razón del derecho" porque es su modelo o causa ejemplar: la preexistencia mental de lo que *debe* realizarse en las conductas sociales. Por eso sólo en tres o cuatro textos Santo Tomás llama derecho a la ley.

En cuanto al derecho subjetivo, nunca lo menciona el Aquinate con ese nombre, sino con los de *facultas, potestas* o *licitum est* (se duda del sentido subjetivo u objetivo de expresiones suyas como *ius domini, ius possidendi, ius exigendi* y semejantes, que aparecen, según el P. Hering —partidario del sentido subjetivo— en catorce textos del Doctor Angélico); pero, de todos modos, para el Aquinate una acción no es objetivamente justa porque el agente tenga el derecho subjetivo de realizarla; sino que el derecho subjetivo es sólo tal si se funda en lo objetivamente justo; y esto, objetivamente justo, mide y limita a aquél.

Así, se evitan las terribles consecuencias del puro subjetivismo jurídico, tal como se evidencian en Hobbes, Rousseau y en su famoso "realizador" político: Maximiliano de Robespierre.

## III. ACTITUDES NOÉTICAS Y NORMAS JURÍDICAS

### 1) Racionalismo, idealismo e hipervaloración de las normas. El caso de Kelsen

Es lógico que el racionalismo clásico —Descartes, Spinoza, Malebranche, Leibniz, Wolff y sus seguidores jurídicos como Grocio, Pufendorf, Tomasius,

<sup>6</sup> S. TOMÁS, *S. Teol.*, II-II, q. 57, a. 1, ad. 2.

etc.— viera en el derecho, ante todo, la *norma*, como producto racional o volitivo. Efectivamente, ellos depreciaban la experiencia sensible y, por tanto, lejos estaban de poner el derecho en las conductas, como Santo Tomás. Porque aunque la conducta humana no es algo meramente sensible, incluye un momento sensible al exteriorizarse.

Y así como hacían, los racionalistas, de las *ideas* (supuestamente innatas las principales de ellas) el objeto directo de la inteligencia —y no, como en la mejor escolástica, un mero *medio* para el conocimiento del ente—, así también hacían de las *normas*, que podrían ser consideradas como ideas práctico-morales, el objeto igualmente directo del conocimiento jurídico.

Igual cosa ocurre en el idealismo: Kant, Stammler, el neokantismo en general, etc. Si el Yo trascendental es *ponente* de todos sus contenidos y objetos, entonces el derecho será identificado con esa creación inmanente que es la *norma* para el idealismo.

En cuanto a *Kelsen*, su teoría pura es una singular mixtura de racionalismo idealista y de empirismo. De racionalismo idealista, en cuanto escoge, para fundamentar filosóficamente su Teoría Pura, el neokantismo de moda en tiempos de su juventud, y también Schopenhauer (lo mismo que Wittgenstein), como se ha descubierto no hace mucho. De empirismo, en cuanto niega todo derecho natural y toda verdad universal-necesaria, y es un relativista en materia de justicia.

Por ello, en el primer estadio de la Teoría Pura, el objeto de la ciencia jurídica estaba dado por las normas, las cuales tendrían esta estructura: *Si es A, debe ser B; si no es B, debe ser S*. Y el deber ser era visto como una categoría trascendental (idealismo); pero a la vez como mera imputación, por el legislador, de una prestación (B) a una hipótesis dada (A), y de una sanción (S) a la no-prestación (no-B).

Y la famosa norma fundamental —que daría validez de derecho a toda otra norma jurídica, desde la Constitución hasta las sentencias, pasando por las leyes— es vista como una creación de la *ciencia del derecho*; no algo perteneciente al reino del *derecho mismo*. De manera que era el científico del derecho el que hacía que éste fuera tal; sin él, se manifestaba como mero hecho o regulación de la fuerza. Y cuando más tarde, dice que la última norma fundamental es una norma de derecho internacional —o más exactamente, el reconocimiento del gobierno que la dictó por la comunidad internacional— no escapa a la primacía del *hecho*, ya que tal reconocimiento es un hecho.

Más adelante en la evolución de la Teoría pura, distingue Kelsen entre *enunciados de derecho* (*Rechtsätze*) y *normas jurídicas*; aunque éstas sigan siendo el objeto de la teoría, estáticamente consideradas, las primeras son las proposiciones con que el *jurista* conceptúa su objeto, las normas; y son aquéllas y no éstas las que poseen la estructura “*si es A, debe ser B;*” y “*si no es B, debe ser S;*” *mientras* que, en la realidad sociológica las normas bien pueden ser actos de imperio, conductas imperativas (las conductas pasan a ser el objeto de la dinámica jurídica). Con lo cual, en el último Kelsen, el elemento empirista

de su pensamiento pasa decididamente a primer plano, influido sin duda por el ambiente científico-jurídico de los Estados Unidos, donde tanto tiempo vivió. Creemos que, así, no hay distinción *esencial* entre la Teoría Pura en su último estado de desarrollo (2ª edición alemana; trad. española en México) y, por ejemplo, la tesis de que el derecho es un hecho (*Law as fact*), de K. Olivecrona.

## 2) *Historicismo, empirismo, positivismo y minusvaloración de las normas*

La filosofía de la Edad Moderna consiste principalmente en una lucha entre racionalismo y empirismo, condicionados ambos por el nominalismo de Guillermo de Occam.<sup>7</sup>

En ese ambiente —negación del valor real de los universales y de los trascendentales— no es de extrañar que surgiera el historicismo, cuyo capitán es Dilthey, aunque con antecedentes previos, por cierto.

En lo jurídico, se refleja ello en el historicismo de Savigny: en éste, la norma escrita cede ante la norma practicada, esto es, ante la norma implícita en las costumbres. Porque, como es bien sabido, Savigny fue adversario de la codificación; y sostenía que el derecho surgía del “espíritu del pueblo”, en actitud romántica. Aunque se daba la paradoja de que el derecho vigente en la Alemania de su época era el *derecho romano*.

Retrocediendo unos siglos nos encontramos con el empirismo, que en la Edad Moderna tiene su hogar preferido en Gran Bretaña. Pasando de Guillermo de Occam a Francis Bacon, a Thomas Hobbes, a John Locke, a George Berkeley y a David Hume, este empirismo se va agudizando, e influye también en el derecho en forma de positivismo jurídico, relativismo valórico y negación del derecho natural.

Sin embargo, no hay que descuidar en Gran Bretaña la influencia de muy distintas corrientes: así, el famoso jurista Hooker deriva su doctrina en gran parte de Santo Tomás; y el empirismo en general halló su oponente en el platonismo de Cambridge, cuyo principal representante fue Cudworth.

En cuanto al positivismo propiamente dicho tuvo por fundador, como es bien sabido, a Augusto Comte, en la primera mitad del siglo XIX. Su repercusión en el derecho —hay otro positivismo jurídico de origen no comtiano— se manifestó en una sociologización del mismo (Durkheim, Bouglé, etc.) y, por lo tanto, en una minusvaloración de la norma ante los hechos sociales. Las normas, incluso, aparecen como una manifestación de hechos sociales.

El otro positivismo de que hablábamos es el *positivismo legalista*, nacido de la reducción del derecho a las leyes positivas, casi siempre codificadas a partir del Código Napoleón. Y aunque mucho del contenido de esos códigos provenía del derecho natural racionalista, se prescindió cada vez más de este origen: el derecho civil, por ejemplo, *era* el Código Civil.

---

<sup>7</sup> J. MARÉCHAL, *Précis d'histoire de la Philosophie Moderne*, 1951, Bruxelles, Paris, Desclée, pp. 17-18.

De manera que en todo positivismo, empirismo, historicismo, etc., las normas se identificaron con las leyes humanas; y como no se admitía derecho natural alguno, su contenido era contingente y variable. De allí que las normas disminuyeron su valor aun en aquellos que exaltaban las leyes como única fuente del derecho.

Podríamos recordar aquí a Marx, para quien el derecho no es más que una de las fases o estratos de la superestructura social, omnímodamente condicionada por la infraestructura técnico-económica. De allí que Marx no vea en el derecho sino un instrumento de opresión de la clase pobre por la clase rica, y que ponga su "ideal" en una futura sociedad sin clases y *sin derecho*. En esto, concuerda con el anarquismo. El neokantiano Stammler hizo ver la imposibilidad de una economía sin derecho, ya que toda producción, circulación y consumo de bienes tiene que estar regulado, y esta regulación es, precisamente, el derecho.

En nuestro siglo han nacido nuevos positivismos: el neopositivismo o empirismo lógico ante todo (Círculo de Viena), los "realismos" escandinavos y estadounidenses, y el pragmatismo y conductismo nacidos también en los Estados Unidos.

El empirismo lógico rechaza todo saber normativo; por lo tanto, para él el derecho es sólo el hecho de ciertos modos de conducirse el hombre en sociedad (Schlick), en lo que se opone a Kelsen, ya que éste, por lo menos, distingue entre ser y deber ser. Por eso algunos positivistas lógicos llegaron a calificar de "metafísico" (!) (!) a Kelsen.

Pero dicho empirismo lógico utiliza abundantemente la lógica matemática, y la aplica a la lógica de las normas (lógica deóntica); así se valoriza —aparentemente— más a las normas. Pero decimos "aparentemente" porque, negando ese empirismo lógico la existencia de primeros principios verdaderos, necesarios y evidentes, tales principios deberán ser sustituidos por "axiomas" meramente convencionales. Así ocurre, entre otros, en Carnap y Susan Stebbing.<sup>8</sup>

Y ello pasa también en lo jurídico: los primeros principios son convencionales o hipotéticos, como en el ya aludido Kelsen, con su "norma fundamental", ya interna, ya de derecho internacional.

Pero esto implica, no sólo reducir el derecho a mero hecho, sino a convalidar como derecho *cualquier aberración*, por injusta, antinatural y aun monstruosa que sea: no le importa a esta escuela el contenido de las normas sino sólo su estructura y su validación puramente formales.

En nuestro país, la *egología*, creada por el doctor Carlos Cossio, comenzó con actitudes kelsenianas, pero luego modificó profundamente al kelsenismo mediante la adición de tesis fenomenológicas (Husserl), existencialistas (Hei-

---

<sup>8</sup> R. CARNAP, *The Logical Syntax of Language*, Fifth impression, Routledge and Kegan Paul, London, 1959, p. 29. L. S. STEBBING, *A modern Introduction to Logic*, Methuen and Co., London, Reprint 1961, p. 175.

degger, Sartre, Merleau-Ponty), historicistas (Dilthey, Ortega) y hasta —en los últimos tiempos, marxistas, aunque, éstas, aceptadas sólo en parte.

Sobre Husserl basa Cossio su teoría de las normas, y sobre Heidegger y Sartre la de las conductas. Para él, el derecho no es ya, como para Kelsen, un orden de normas, sino conductas: *conductas en interferencia intersubjetiva*; y tales conductas son (cfr. Kant) “libertad metafísica y fenomenalizada”.

Por eso las normas no tienen en Cossio ningún carácter regulador, normativo ni imperativo: son una descripción (aunque implícitamente estimativa) de esas conductas. La norma *mienta* la conducta; no la impera ni regula. Pero esto parece incompatible con el buen sentido y con la intención y la existencia misma de *legisladores*, los cuales no son por cierto meros descriptores o estimadores de conductas, sino preceptoras, pues pretenden dirigirlas, regularlas, provocarlas o impedir las.

Recordemos que para Kelsen la estructura de las normas (luego las de las enunciaciones de derecho) era:

*Si es A, debe ser B; si no es B, debe ser S* (Si se da determinado hecho, debe ser la prestación; si no se da la prestación, debe ser la sanción). Pero recordemos también que Kelsen no ve en el “deber ser” ninguna categoría moral ni una necesidad ética fundada en un bien que se persigue, sino sólo una “imputación” como mera relación de hechos determinada por el legislador. Y la verdadera norma jurídica es la que imputa la sanción a la falta de prestación; no la que imputa la prestación a un hecho determinado. Porque para Kelsen, el derecho es fuerza organizada, y nada más.

Cossio trata de perfeccionar esa teoría y, de acuerdo con su doctrina de la norma-descripción, dice que la estructura de las normas es:

*“Dado H, debe ser P o, dado no-P, debe ser S.”*

O sea: dada una hipótesis (por ejemplo, una compraventa), debe ser el pago; o, no producido el pago, debe aplicarse una sanción.

La “o” indica la equivalencia entre las dos normas o trozos de norma (peri-norma y endonorma), pues se trataría de una *descripción* de lo que pasa en el campo jurídico; en cuanto al “deber ser”, como dijimos, sería sólo mención de la libertad de las conductas; tampoco Cossio, pues, ve en el deber ser una necesidad u obligatoriedad ética.

Con razón, pues, nuestro compatriota residente en Roma, el profesor Avelino Quintas (discípulo allí de del Vecchio y del tomismo del *Angelicum*), sostiene que la norma tiene una función prescriptiva y práctica, no sólo mentante y descriptiva, y que lo principal es la norma-prestación y la norma-sanción, que es subsidiaria; por eso dice que el esquema de la norma debe ser:

*“Dado H, debe ser P; pero, dado no-P, debe ser S”.*

Nuestra cátedra ha aceptado esa estructura, pero anteponiéndole (entre paréntesis) la ordenación a un fin, siempre necesario aunque no siempre explícito (de allí los paréntesis):

“(Para F), dado H, debe ser P; pero, dado no-P, debe ser S”.

En cuanto a la escuela analítica, nacida en Cambridge por las lecciones del austriaco —nacionalizado inglés, luego— Ludwig Wittgenstein, tiene, en moral, diversos sistemas, aunque ninguno consigue superar el plano de los hechos; y algo semejante pasa en derecho; sus partidarios están cerca de Kelsen, aunque en algunos se da una cierta apertura metafísica.

### 3. Realismo clásico y recta valoración de las normas

La palabra “realismo” es multívoca; efectivamente, puede significar: a) la condición de los partidarios del rey. Esta acepción no interesa aquí y, además, en ese caso proviene de *rex* (rey) y no, como en los casos subsiguientes, de *res* (cosa); b) en el llamado problema de las universales, significa aquellas posiciones para las que lo universal no es mero nombre, ni sólo concepto, sino también, de algún modo, *realidad*; c) en Gnoseología, significa la doctrina según la cual existen cosas, realidades, entes, independientes de nuestro conocimiento, y que nuestros sentido e intelecto son capaces de conocerlos, al menos parcialmente; d) en ciertas corrientes filosófico-jurídicas contemporáneas, “realismo” significa una actitud empirista, cuando no materialista, que reduce el derecho al hecho; en Marx y el marxismo ortodoxo, realismo y materialismo se equivalen.

Aquí, en filosofía del derecho tomista, entendemos por realismo lo expuesto *supra* como “c”, significación no del todo independiente de la “b”. Y conste que, en esta posición, realismo de ninguna manera equivale a materialismo. Todo materialismo es realismo; pero no todo realismo es materialismo, porque puede aceptarse que existen también entes inmateriales independientes de nuestro conocimiento.

Y es realista la filosofía del derecho de Aristóteles y de Santo Tomás porque, según vimos, para Aristóteles, derecho (*to dikaion*) no es un conjunto de normas (*nomoi*) ni de derechos subjetivos, sino *lo justo*, lo debido a otro por exigencia legal y según cierta igualdad; por su parte, Santo Tomás ve que “derecho” (*ius*) es término análogo: su primer analogado es, como en el Estagirita, la “cosa justa” (*ipsa res iusta*), lo justo, lo legalmente debido. En esta actitud, “cosa” (*res*) no limita su significación a los entes materiales, sino a la totalidad de los entes; (por eso *res* puede significar también acción humana); en sentidos derivados (analogados secundarios), significa el arte del derecho; el lugar donde se determina el derecho (*comparere in iure*) y la decisión de aquél a cuyo menester pertenece decir el derecho que asiste a tal o cual (la sentencia del juez) (*S. Theol.*, II-II, q. 57, a. 1, ad. 1).

Pues bien, si “derecho” es ante todo la “cosa justa” —la cosa, obra u omisión debida a otro—, la *norma* será la regla y medida de las conductas (*S. Theol.*, II-II, q. 57, a. 1, ad. 2). La norma jurídica, pues, tiene el siguiente modo de ser: a) es una obra del entendimiento —aunque movido por la voluntad— que determina lo *justo* o *injusto* en cada caso; b) para reglar algo, hay que conocerlo y mentarlo (en esto tiene razón Cossio); por eso la norma es, como dijimos, obra del entendimiento, aunque práctico; c) no es un ente real, como

una casa, un árbol o un hombre, sino *intencional*, algo que existe en y por el entendimiento; d) con la norma se propone un fin (directa o indirectamente el bien común político); e) organiza medios en función de ese fin: los actos u omisiones debidas para alcanzarlo; f) emana de la autoridad, y g) es promulgada por ésta.

Por eso —según ya vimos—, siguiendo a Quintas y agregándole algo, la estructura de la norma jurídica será:

“(Para F), dado H, debe ser P; pero, dado no-P, debe ser S”.

### *Ley natural y ley positiva*

Hay que distinguir previamente entre la ley (natural o positiva) y el derecho (*ipsa res iusta*) natural o positivo.

Empecemos por el derecho —en el sentido de Santo Tomás— y luego vayamos a su norma (regla).

Algo es “justo por naturaleza” si se ajusta a otro por razón de la naturaleza misma humana o de las cosas. Así, devolver exactamente lo que me han prestado es justo por naturaleza; con mayor razón, el matrimonio, como unión permanente del varón y la mujer para procrear y educar hijos, es también algo justo por naturaleza; lo mismo, el respeto por la vida humana inocente, etc.

Algo, en cambio, es justo positivamente si ese ajuste respecto del otro surge de una ley positiva o de un contrato. Así ocurre si X se contenta con que le devuelvan algo menos de lo que prestó, o si el legislador determina que se circule por la derecha. Es decir, que algo es justo positivamente si su objetiva justicia se funda, no en la naturaleza de las cosas, sino en la voluntad del legislador o en un convenio humano.

Pues bien, a lo justo por naturaleza (derecho natural) corresponde la ley natural (en sus preceptos jurídicos, pues incluye otros meramente morales); a lo justo positivo (derecho positivo) corresponde la ley positiva, o algo que haga sus veces, como un convenio.

La ley positiva (meramente tal), no podría por sí sola obligar a un hombre, pues es obra de hombres; su obligatoriedad debe fundarse, pues en la ley natural, ya sea porque repite contenidos naturalmente justos (como la prohibición del homicidio, por ejemplo) o porque, al menos, no es contraria a la ley natural (como el circular por la derecha).

Santo Tomás dice que la ley natural es cierta participación de la ley eterna en la creatura racional.<sup>9</sup> Efectivamente, la misma ley natural no se basta a sí misma; no es creación de nuestra mente sino que es conocida por ésta; por tanto, la misma ley natural debe tener un fundamento superior, que es la ley eterna, o sea, la razón de la divina sabiduría que ordena y dirige todos los movimientos en la creación.

---

<sup>9</sup> S. TOMÁS, *S. Teol.*, I-II, q. 91, a. 2.

La ley natural, en sus primerísimos principios (como hacer el bien o lo justo, y evitar el mal o lo injusto) es captada por nuestro intelecto práctico mediante el hábito de la *sindéresis*. Es un conocimiento inmediato, como el que, en lo especulativo, tenemos del principio de no-contradicción.

Comprende también todo lo deductible de ello; y como bien "es lo que todos apetecen", de las tendencias apetitivas del hombre pueden obtenerse otros tantos grupos de preceptos de la ley natural (*S. Theol.*, I-II, q. 94, a. 2). Tiene el hombre, en primer lugar, una tendencia que le es común con todos los entes: la de perseverar en el ser; de aquí resultan todos los preceptos que prohíben y castigan el homicidio, así como todo aquello que tiende a perjudicar esa existencia, ya física, ya moralmente. En segundo lugar, se da en el hombre una tendencia que les es común con todos los animales: la de unión del varón y la mujer, la procreación y la educación de hijos. (Pero, como esta tendencia, al igual que la primera, está en el hombre iluminada por la racionalidad, esa unión y procreación debe hacerse en forma de matrimonio monogámico e indisoluble, para bien de los esposos mismos, de sus hijos y de la comunidad política de que las familias son células primarias). En tercer lugar, tiene el hombre una tendencia que le es propia, y que dimana de su diferencia específica, la racionalidad. Por ello el hombre tiende a conocer la verdad, hasta llegar a la Verdad Primera, Dios, y a convivir en sociedad, sin dañar a los convivientes. Y de aquí nacen los preceptos que tienden a hacer respetar el conocimiento de la verdad y de Dios, y los que prohíben dañar a los convivientes.

Todo esto que se puede deducir de los primeros principios prácticos pertenece al derecho natural secundario,<sup>10</sup> o, si se quiere, al derecho de gentes.<sup>11</sup> En cuanto al derecho positivo, como contenido de la ley positiva humana, puede obtenerse de dos maneras: 1) por deducción a partir de la ley natural, y entonces tenemos el derecho positivo por accidente, dado que lo esencial en él es de derecho natural. (Así, casi todo el derecho penal, y buena parte del civil, en cuanto tiene contenido moral); 2) por determinación, en aquello que la ley natural ha dejado indeterminado, y entonces es derecho positivo de por sí, como el apelar en tal o cual plazo, manejar por la derecha o necesitarse tantos testigos para un acto notarial.

Puede, así, trazarse una pirámide jurídica iusnaturalista, que resulta mucho más sólida que la positivista de Kelsen: una sentencia, resolución administrativa o contrato son derecho si se conforman a las leyes; éstas lo son si están de acuerdo con la Constitución (escrita o no); ésta, si se formó de acuerdo con una Constitución anterior; cuando se acaban las Constituciones positivas, el fundamento de la juridicidad de la primera Constitución es la ley natural; ésta, a su vez, como es algo participado en nuestra mente —no creada por éste— deriva a su vez de la ley eterna, esto es, de la razón de la divina sabiduría que dirige todos los movimientos en el universo (*S. Tomás, S. Theol.*, I-II, q. 91, a. 1. c.). Y como en Dios se identifican Ser y Deber Ser (porque es el Ser

<sup>10</sup> S. TOMÁS, *S. Teol.*, II-II, q. 57, a. 3.

<sup>11</sup> *Ibid.*

necesario, y porque es Bondad y Justicia por esencia), el fundamento es absoluto e inquebrantable; válido por sí mismo y que no exige recurrir a ningún otro.

La norma, pues, para el realismo tomista es una obra de la razón; pero fundada en la realidad y, en último término, en la realidad divina.

La *ipsa res iusta* positiva justifica a la ley positiva; y la *ipsa res iusta* natural da fundamento inmediato a la ley natural; la cual, como vimos, se funda y origina en la ley eterna, idéntica a la esencia divina misma.<sup>12</sup>

En cuanto al *realismo* propugnado en nuestro país por el doctor Werner Goldschmidt y otros, en tanto que funda su ontología en Hartmann, es realista, aunque quizá su doctrina de los valores y de las normas no lo sea plenamente. O no se aclara suficientemente la relación entre realidad, normas y valores. Pero es indudable que esos tres factores se dan el derecho: son, en lenguaje tomista, respectivamente: la *ipsa res iusta*, la *lex* y el *bonum* (en derecho, lo *iustum*).

#### IV. CONCLUSIONES

Hemos tratado de mostrar cómo hay, efectivamente, una influencia filosófica (muchas influencias filosóficas) en las concepciones de la norma.

Si tomamos el aspecto gnoseológico de esa influencia —como se ha tratado de hacer en este ensayo—, hemos visto que el empirismo y positivismo llevan a una devaluación de la norma; el racionalismo y el idealismo, a una supervaloración; mientras que el realismo clásico —físico y metafísico— la coloca en su justo lugar: la norma no es el derecho, sino “cierta razón del derecho” (Sto. Tomás); el derecho es algo dado en las conductas, en perspectiva de alteridad; pero al ser razón, la norma es modelo y causa ejemplar de éstas; los valores —cualidades reales aunque inmateriales, existentes intencionalmente en las normas— se hacen realidad al encarnarse en las conductas; y las normas mismas, para ser justas, tienen que atenerse a valores reales o realmente posibles.

JUAN A. CASAUBÓN

<sup>12</sup> Parecería que en este párrafo cayéramos en contradicción, porque sostenemos que es la *ipsa res iusta* la que fundamenta a la ley, mientras que en otros sostenemos que es la ley la que fundamenta a la *ipsa res iusta*. Quizá esta aparente contradicción pueda aclararse distinguiendo: a) la *ipsa res iusta* da contenido o especificación concreta a la ley, la que, así, se funda de alguna manera en ella; b) la ley, en cambio, da a su contenido —idealmente presente en ella— su valor de regla imperativa. En todo esto nos referimos tanto al derecho y ley positivos como al derecho y ley naturales. Pero, ¿no es la ley eterna la que fundamenta a la natural, en cuanto a imperio y contenido? Sí, pero Dios, en quien reside la ley eterna, ve intemporalmente la justicia o injusticia de contenidos, objetivos al menos posibles; y si ve la justicia, los constituye como *ipsa res iusta* mandada por esa ley. Y aunque en Dios, internamente, no hay causas ni efectos, según nuestro modo humano de pensar, es el contenido justo el que —en Dios mismo— da contenido a la misma ley eterna. Porque lo justo según Dios no es real por ser mandado, sino que es mandado porque es justo objetivamente.

## PRINCIPIOS Y NIVELES DE LA SOLIDARIDAD COMUNITARIA \*

### 1. *Las raíces estructurales de la solidaridad*

No es fácil decir algo nuevo sobre la solidaridad, sobre todo porque ha pasado a ser un lugar retórico de los discursos políticos o un mero postulado ideológico; sin embargo, aparte de que puede constituir un precepto exigente de carácter religioso, no es inútil intentar una reflexión filosófica sobre las raíces y las dimensiones de la solidaridad en relación con las exigencias humanas más profundas, teniendo también en cuenta las necesidades de la hora actual.

Claro que si el hombre fuese un átomo cerrado en sí mismo como un todo perfecto y solitario, según lo que afirma Rousseau,<sup>1</sup> no se podría hablar de la solidaridad como de una verdadera exigencia humana. En el individualismo, en efecto, se parte del presupuesto antropológico-estructural que el individuo sea una realidad por su cuenta, autónoma hasta no tener aperturas estructurales hacia los otros, hacia la comunidad política, la cual sólo es un mero agregado contractual. Los individuos son como islas separadas unas de otras y la sociedad es una especie de archipiélago que, al máximo, está vinculado mediante puentes contruados artificialmente, puentes que, llegado el caso, son levadizos...; se trata, por lo tanto, de una solidaridad ocasional y utilitarística. Peor aún en el individualismo antropológico de Hobbes, el cual presenta al hombre como un lobo para sus semejantes, viviendo en un estado de continua guerra recíproca, empujado por el instinto de poseer.<sup>2</sup> En vez de solidaridad, se deberá hablar de un cierto armisticio, por el cual los individuos —ante la imposibilidad de sobrevivir en tal estado de guerra continua— transfieren todos los poderes a un monarca absoluto. ¿Y cómo hablar de solidaridad en la teoría antropológica de Freud según la cual el individuo es movido por un instinto de muerte y de destrucción, o en la concepción de Sartre que afirma: “el infierno son los otros”?<sup>3</sup>

Sin embargo, no es difícil descubrir en la estructura del hombre, si no se parte de preconceptos o leyendas imaginarias, las raíces exigenciales de la solidaridad. ¿Cómo negar que el hombre es un ser que estructuralmente tiene

---

\* Ponencia leída en las II Jornadas de Estudios sobre “Estado de derecho y derechos humanos”, organizadas por la Asamblea catalana de la Cruz Roja Española y el Instituto Italiano de Cultura de Barcelona, Monserrat, 21-22 de enero de 1983.

<sup>1</sup> “Cada individuo, que es por sí mismo un todo perfecto y solitario” (J. J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, L. II, Cap. 7, París, Garnier, 1962, p. 261. La traducción castellana de los textos extranjeros es nuestra).

<sup>2</sup> T. HOBBS, *De cive*, Cap. 1, nn. 10-11, trad. ital., *Hobbes. Opere politiche*, a cura di N. BOBBIO, vol. 1, *Elementi filosofici sul cittadino*, Torino, UTET, 2ª ed., 1959, pp. 88-89.

<sup>3</sup> J. P. SARTRE, *Huis clos*, Scène V, París, Gallimard, 1947, p. 75|

necesidad de otros? En efecto, su desarrollo fisiológico está condicionado por la ayuda que le dan las otras personas ya sea que se trate de la nutrición, de la vivienda, de las curas médicas y de tantas otras necesidades materiales. El solo hecho de comer un pedazo de pan o beber un poco de leche presupone una cadena de operaciones en la cual participan muchos individuos; ¿qué decir entonces del uso de medicinas?, las cuales exigen para su preparación y suministro que intervengan vastos sectores especializados. Más aún, si nos referimos al hambre en el mundo, cuya dimensión planetaria implica problemas complejos a nivel de organización internacional.

Si del desarrollo fisiológico del hombre pasamos a un desarrollo cultural y técnico, se debe constatar que cuanto más progresan los diversos campos de especialización, tanto más somos interdependientes unos de otros con respecto al saber. En fin, como lo prueba suficientemente la experiencia y la actual psicología infantil y evolutiva, el desarrollo caracterial y moral de la infancia está vinculado al ambiente familiar y social que rodea al niño y al adolescente, los cuales reciben mensajes y modelos de comportamiento de todo tipo, especialmente en un mundo como el de hoy inundado por los medios de comunicación de masas.

Todos estos hechos —que por razones de brevedad describimos sintéticamente— prueban que el hombre, en su estructura específica, no es una realidad cerrada en sí misma, sino que tiene aperturas estructurales hacia los otros, lo cual implica —desde el comienzo— una exigencia de interdependencia. Es verdad que el hombre puede desinteresarse, e incluso desviarse, de su apertura estructural hacia los otros, pero esto —además de ser una verdadera patología personal y social— puede realizarse solamente dentro de ciertos límites, porque ningún hombre es tan autárquico que pueda vivir y desarrollarse, en forma adecuada, completamente solo.<sup>4</sup>

Es por todo esto que se puede hablar de una *interdependencia objetiva* entre los hombres: el hombre no puede llegar a desarrollarse como hombre, si no se actúa y realiza dicha interdependencia de hecho. Es precisamente sobre esta realidad, es decir, sobre este fundamento real, que se basa la exigencia psicológica, moral y jurídica de la solidaridad. En otras palabras, para expresarse en términos técnicos, es aquí que se pasa del juicio de hecho o descriptivo, sobre la interdependencia objetiva, al juicio prescriptivo o normativo de solidaridad comunitaria: si cada hombre tiene el derecho y el deber de ser hombre, *debe haber* una solidaridad comunitaria para ayudarse unos a otros a desarrollarse como seres humanos, caso contrario dicho desarrollo resulta imposible. De este modo la solidaridad comunitaria se presenta como una exigencia humana verdaderamente necesaria.

---

<sup>4</sup> Téngase presente el hecho, que aquí no podemos analizar en detalle, según el cual el yo no llega psicológicamente a conocerse en forma adecuada como hombre y como "tal hombre", sino en el contacto de experiencias con otros "tú". Cfr. A. M. QUINTAS, *Analisi del bene comune*, Roma, Bulzoni, 1979, pp. 55-63.

## 2. Los principios de la solidaridad

Es una tarea de los hombres tomar conciencia de esta necesidad de solidaridad, dado que la comunidad de la cual son miembros es una red entretejida por numerosos vínculos y exigencias de colaboración solidaria. De este modo, y sólo de este modo, se pueden y se deben realizar los valores humanos, sociales y políticos, que son decisivos para una vida realmente humana. Ahora bien, para alcanzar estos valores es necesaria una determinada posición relacional en el interior de la comunidad, posición que obliga a sus miembros a determinadas acciones y a determinadas abstenciones con relación a los respectivos derechos de los otros miembros y de la comunidad política; por eso, los individuos son *personalmente responsables y corresponsables* de ciertos comportamientos debidos, que implican consecuencias para la vida y para el desarrollo humano de la comunidad.

Tales comportamientos son indicados por *principios* o criterios normativos que, para expresarse en el lenguaje del tráfico automovilístico, dirigen la conducta de los individuos según una doble mano de marcha comunitaria: en primer lugar está la mano o sentido *ascendente*, según la cual cada uno debe colaborar con sus propias fuerzas y sus propios bienes a lo que llamaríamos un fondo de solidaridad comunitaria, que no es solamente económico:<sup>5</sup> si por una parte, los más capaces económicamente lo harán con *aportes fiscales*<sup>6</sup> y con donaciones, por otra, los más capaces cultural y técnicamente contribuirán con aportes intelectuales, manageriales y artesanales; del mismo modo, los más capaces físicamente colaborarán en el servicio civil en caso de catástrofes naturales o de necesidades sociales importantes,<sup>7</sup> y los más generosos, con tareas para con los marginados.

Como se ve, en esta fase ascendente o constructiva del fondo de solidaridad, el tipo y la medida de la colaboración no son idénticos para todos, aunque todos deben colaborar: cada uno colabora según sus propias posibilidades y según su propia "especialización" en cualquier sector de lo humano, sea o no técnico.<sup>8</sup> En esto no sólo interviene la interdependencia funcional, objetiva y

---

<sup>5</sup> En la Constitución Italiana (en adelante abreviada "CI") el art. 2 contiene una norma general de los deberes de solidaridad: "La República (...) exige el cumplimiento de los deberes no derogables de solidaridad política, económica y social".

<sup>6</sup> "Todos están obligados a sostener los gastos públicos de acuerdo con su capacidad contributiva" (CI, art. 53). En la Constitución Española (en adelante abreviada "CE") el art. 31 dice: "Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica...".

<sup>7</sup> La CE distingue tres casos: 1) Si hay exención del servicio militar obligatorio la ley puede imponer "una prestación social obligatoria"; 2) (La ley) "podrá establecer un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general"; 3) "Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública" (art. 30, incs. 2º, 3º y 4º).

<sup>8</sup> "Todo ciudadano tiene el deber de desarrollar, según sus propias posibilidades y su elección, una actividad o una función que contribuya al progreso material o espiritual de la sociedad" (CI, art. 4, 2º apart.).

recíproca, de la cual hablamos antes, interdependencia que asemeja la vida comunitaria a un inmenso organismo en el cual cada parte debe cumplir con su función específica. Hay algo más: el que colabora según sus capacidades específicas, se desarrolla típicamente como hombre y como "tal hombre"; en otras palabras, la solidaridad ascendente o activa no tiene solamente un sentido moral y jurídico, sino también humanista.<sup>9</sup>

En esta fase ascendente se destaca mejor el aspecto del deber y de los deberes de solidaridad, aspecto señalado en las Constituciones más recientes, como la Italiana, de 1948 o la española, de 1978;<sup>10</sup> en cambio, dicho aspecto se ve mucho menos, o sólo indirectamente, en la Declaración Universal de los derechos del hombre, precisamente porque se ocupa de derechos.<sup>11</sup>

La mano o sentido *descendente* de la solidaridad, o solidaridad pasiva, indica que cada uno debe recibir de acuerdo con sus necesidades. En esta fase aparece con mayor evidencia el aspecto del derecho de los individuos a la solidaridad comunitaria: el derecho a la nutrición, a la salud,<sup>12</sup> a la vivienda,<sup>13</sup> al trabajo,<sup>14</sup> a la instrucción,<sup>15</sup> a la protección de los hijos, etc. Aquí también, no todos reciben una ayuda idéntica pues los más necesitados tienen derecho a una mayor solidaridad: es el caso de los enfermos,<sup>16</sup> de las familias numerosas, de las madres embarazadas, de la infancia,<sup>17</sup> de los incapaces para el trabajo y de los disminuidos, desocupados y ancianos.<sup>18</sup> Por otra parte, también los más

<sup>9</sup> La CE habla expresamente del derecho de los ciudadanos "a la promoción a través del trabajo" (art. 35).

<sup>10</sup> Como ya se ha visto y se verá, preferimos citar expresamente artículos de estas Constituciones, y otros textos legales, para mostrar la aplicabilidad, y la aplicación, de los principios filosóficos ético-jurídicos de solidaridad, de cuyo fundamento hemos tratado antes y estamos tratando. De esta manera, es decir, a través de las aplicaciones legales de un principio filosófico, se verifica y comprueba también su validez y sus alcances.

<sup>11</sup> En la Declaración Universal de los derechos del hombre (en adelante abreviada "DUD") se encuentra el art. 22, inc. 1º, que dice: "El individuo tiene deberes para con la comunidad, en la cual es posible el libre y pleno desarrollo de su personalidad".

<sup>12</sup> CE, art. 43. También se aclara que todos tienen derecho "a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo" (art. 45, inc. 1º). Debe destacarse la importancia y la actualidad de este inciso que prescribe un deber de solidaridad en materia ecológica.

<sup>13</sup> CE, art. 47.

<sup>14</sup> CI, arts. 35-37.

<sup>15</sup> CI, arts. 31 y 34; CE, art. 27.

<sup>16</sup> "La República protege la salud (...) y asegura curas gratuitas a los pobres" (CI, art. 32, 1er. apart.).

<sup>17</sup> "La República facilita con medidas económicas y de otros tipos la formación de la familia y el cumplimiento de sus tareas, especialmente de las familias numerosas. Protege la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo a las instituciones necesarias para dicho fin" (CI, art. 31; cf. art. 37); CE, art. 39, inc. 4º.

<sup>18</sup> "Cada ciudadano inhábil para el trabajo y sin medios necesarios para vivir tiene derecho a ser mantenido y a gozar de la asistencia social. Los trabajadores tienen derecho a que se provean y aseguren medios adecuados a sus exigencias de vida en caso de accidente, enfermedad, invalidez, vejez y desocupación involuntaria. Los inhábiles y los disminuidos tienen derecho a la educación y al aprendizaje profesional. De los fines previstos en este artículo se ocupará el Estado y sus órganos, y las instituciones creadas o integradas por el Estado" (CI, art. 38, 1º-4º apart.); CE, art. 41 ("desempleo"), art. 49 ("Los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos"), art. 50 ("la tercera edad").

capaces y meritorios tienen derecho a mayores facilidades para poderse desarrollar mejor,<sup>19</sup> lo cual provocará luego una repercusión favorable en toda la comunidad, dadas las mayores posibilidades de contribución de dichas personas; en otras palabras, de esta manera o vía se contribuye también a reforzar la solidaridad ascendente o activa. Así se cierra el círculo, que es todo lo contrario de ser vicioso, porque se puede solidariamente redistribuir, *sólo* lo que antes se ha construido solidariamente.<sup>20</sup>

### 3. Los niveles de la solidaridad

Hasta ahora hemos hablado casi exclusivamente de la solidaridad como ayuda recíproca indispensable, pues sin ella no se puede construir una vida más humana en el interior de una comunidad. Cuando se trata de este nivel *indispensable*, la comunidad puede imponer sanciones como medios más eficaces para inducir o llegar a la realización de los fines solidarios. En este caso se obra en un *nivel jurídico*, o mejor ético-jurídico, porque es típico del Derecho poder imponer coactivamente ciertos comportamientos, cuando de ellos depende la sobrevivencia y una digna cualidad de vida. Pero el Derecho, además de las normas de la ley positiva que implican sanciones, también utiliza normas premiales que promueven y alientan la realización de ciertos comportamientos solidales,<sup>21</sup> por ejemplo, disponiendo facilidades fiscales y de crédito para los que creen puestos de trabajo en zonas subdesarrolladas,<sup>22</sup> concediendo exenciones fiscales para los que efectúen fundaciones y donaciones con fines sociales benéficos, etc.

Sin embargo, el nivel jurídico de la solidaridad no es el único, pues existe otro que podemos llamar *ético-social*, o solidaridad moral. Esta última se realiza cuando la iniciativa y la medida de la colaboración solidaria no son fijadas por la ley positiva, sino por la conciencia ético-social de los particulares o grupos de particulares, los cuales se sienten más responsables del destino de los más débiles. De esta manera espontánea nace el voluntariado, con centros de asistencia para los enfermos crónicos, los pobres, los adictos a la droga, etc. Este tipo o nivel de solidaridad va *más allá de la ley*, en el sentido que supera las solas obligaciones jurídicas indispensables; es por esta razón que con frecuencia los voluntarios desarrollan sus obras en lo que podría llamarse la vanguardia de la solidaridad: enfermos contagiosos, abandonados, disminuidos. Pero esta solidaridad ético-social obra también *dentro de la ley*, imprimiendo en el cum-

---

19 "Los más capaces y meritorios, incluso si carecen de medios, tienen derecho a alcanzar los más altos grados de estudio. La República hace efectivo este derecho con becas, contribuciones a las familias y otras medidas, que deben ser adjudicadas por concurso" (CL, art. 34, 3º y 4º aparts.).

20 El Estado asistencialista o demagógico, en cambio, distribuye a menudo lo que no posee, empobreciendo las reservas y el futuro del país, mientras que el Estado despótico o el clasista, si construye, construye sin redistribuir a todas las categorías sociales.

21 Sobre la función premial o promocional del derecho: N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1977, pp. 18-42; V. Frosini, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 39-43.

22 "Los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para (...) una distribución de la renta regional y personal más equitativa..." (CE, art. 40).

plimiento de las obligaciones jurídicas un sello particular de calor humano y diligencia, con una generosidad fecunda muy distinta de ciertos comportamientos burocráticos, como se ve en el cuidado afectuoso de los huérfanos y en la atención paciente de determinados servicios en los hospitales. Además, en el caso particular de los adictos a las drogas está comprobado que este tipo de personas prefieren dirigirse a los centros privados de asistencia para evitar procedimientos represivos. Por todos estos motivos la legislación, cuando es sabia, no debe ni olvidar, ni obstaculizar la solidaridad ético-social que nace de los particulares, sino que debe ayudarla con facilidades y subsidios, precisamente en el interés de la solidaridad nacional.<sup>23</sup>

Entre estos dos niveles de solidaridad, o sea, el jurídico y el ético-social, oscilan las actividades en el plano internacional: si por una parte, no hay dudas sobre la existencia y actividad de las iniciativas privadas, por otra, se comprueban resistencias para hacer valer como normas plenamente jurídicas —es decir, que influyen sanciones eficaces— muchos artículos de la Declaración Universal de los derechos del hombre<sup>24</sup> que implican comportamientos de solidaridad.<sup>25</sup> Del mismo modo, los países más capaces, económica, cultural y físicamente no siempre están disponibles para una cooperación mundial o regional, sin la cual no es posible construir una vida más humana dentro de la comunidad internacional.<sup>26</sup> Si los países más capaces no contribuyen en la medida de sus capacidades, ¿cómo será posible colaborar con los más necesitados? Esto se vuelve más grave si se considera que ciertos problemas, como el hambre en el mundo, no se resuelven sin la participación de los países más adelantados, que son los únicos que disponen de las tecnologías más avanzadas y de las organizaciones más eficaces para proveer a esta necesidad elemental de sobre-

---

<sup>23</sup> "De los fines (asistenciales) previstos en este artículo se ocupará el Estado y sus órganos, y las instituciones creadas o *integradas* por el Estado. La asistencia privada es libre" (CI, art. 38, 4º y 5º aparts. Los paréntesis y los subrayado son nuestros). "La República reconoce la función social de la cooperación privada. La ley debe promover y favorecer su incremento con los medios más aptos, asegurando, con controles oportunos, su carácter y finalidades propias" (CI, art. 45, 1er. apart.).

<sup>24</sup> Sobre la "positivación" de los derechos fundamentales del hombre: A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Anales de la Universidad Hispalense, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Salamanca, 1979, pp. 173-260. En la CE el art. 10, inc. 2º, dice: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

<sup>25</sup> "1) Cada persona tiene derecho a un nivel de vida suficiente que asegure la salud y el bienestar propio y de su familia, especialmente por lo que se refiere a la alimentación, vestidos, vivienda, curas médicas y servicios sociales necesarios; tiene derecho a la seguridad en caso de desocupación, enfermedad, invalidez, vejez o en otros casos de pérdida de los propios medios de subsistencia por causas independientes de su voluntad; 2) La maternidad y la infancia tienen derecho a una ayuda y asistencia particulares. Todos los niños, nacidos dentro o fuera de un matrimonio, gozan de la misma protección social" (DUD, art. 25).

<sup>26</sup> "Cada persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social; tiene facultad de obtener el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales *indispensables* para su dignidad y libre desarrollo de su personalidad, gracias al esfuerzo nacional y a la *cooperación internacional*, teniendo en cuenta la organización y recursos de los diversos países" (DUD, art. 22. Lo subrayado es nuestro).

vivencia. Por otra parte, la colaboración solidaria con los países más débiles les permitirá desarrollarse, lo cual podrá significar en el futuro la posibilidad de que estos últimos lleguen a su vez a colaborar solidariamente de algún modo. De esta manera la solidaridad descendente o pasiva se transformará en ascendente o activa, restableciéndose en el plano internacional el beneficioso circuito o círculo que ya vimos en el plano nacional.

Si cada hombre tiene el derecho de ser hombre, la solidaridad internacional se presenta en esta edad tecnológica como una exigencia indispensable, o sea, como un conjunto de normas jurídicas verdaderamente necesarias, de las cuales los países, es decir, los gobernantes y los gobernados, no deben eximirse porque envuelven su responsabilidad personal y colegial con respecto a la comunidad humana.

AVELINO MANUEL QUINTAS

## EN TORNO A LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

### 1. *Consideraciones generales.*

Entre las instituciones del derecho administrativo que han tenido mayor desarrollo doctrinario y jurisprudencial en el siglo en que vivimos el contrato administrativo ocupa un lugar tan destacado que suele eclipsar a otras figuras que no han tenido una evolución comparable.

Quizás, por una curiosa analogía, en la medida en que responde a causas similares, la única institución que ha adquirido una dimensión jurídica semejante sea la decisión ejecutoria del derecho francés. En efecto, no obstante la proliferación de concepciones que postulan una vinculación de género a especie entre el contrato y el acto administrativo y que así debería ser dentro de un sistema con cierta coherencia lógica, el desarrollo real de ambas figuras ha transitado por carriles diferentes.

Las causas de la importancia que ha adquirido la categoría jurídica del contrato administrativo están a la vista, aunque esta clase de realidades es posible que sólo sean advertidas por aquellos que cultivan el derecho en su sentido más pleno.

Estas causas o razones son múltiples y van desde el crecimiento de las funciones o actividades del Estado, como respuesta al correlativo aumento de las necesidades que tiene el hombre como integrante de la comunidad, hasta la idea de la colaboración de los sujetos privados con la Administración Pública a quienes, por asumir cargas y obligaciones que no son usuales en el ámbito del derecho privado, se les reconoce un conjunto específico de ventajas y garantías que vienen a compensar, de algún modo, la exorbitancia del poder administrativo.

Las instituciones y técnicas de la contratación administrativa acompañan siempre la evolución que sufren los fines del Estado, cuyo bien común se conforma y desarrolla de acuerdo con el destino histórico de cada comunidad, variando de Estado a Estado.

Si a ello se le añade todavía que muchos de los instrumentos utilizados caen pronto en desuso por el impacto que ocasiona la revolución tecnológica, recién entonces se comprende en toda su magnitud y trascendencia, la labor del jurista y del hombre de Estado, que, al advertir las nuevas y cambiantes exigencias, tiene que acudir a su imaginación para proyectar nuevas normas o renovar las existentes con el fin de adaptarlas a la realidad en la cual éstas deben operar.

## 2. Necesidad de una teoría integral e inexistencia de un régimen jurídico unitario.

Para realizar los cometidos estatales la Administración Pública actúa en el campo contractual utilizando técnicas que difieren en función, precisamente, al grado y naturaleza de las facultades y prerrogativas que tiene a su favor conforme al ordenamiento jurídico y a los requerimientos de la justicia que ella persigue.

Aun dando por totalmente superada en este estadio del derecho administrativo nacional y extranjero la postura negatoria de la existencia de los contratos administrativos,<sup>1</sup> no obstante la autoridad de quienes la sostuvieron,<sup>2</sup> hay que abordar una serie de problemas originados por la falta de una concepción integral sobre los contratos de la Administración que recoja el curso de la evolución operada y la realidad actual.

La primera observación general que puede formularse radica en la presencia de dos grandes sectores de contratos de la Administración Pública: contratos administrativos e inter-administrativos —por un lado— y contratos parcialmente regidos por el derecho civil o comercial en punto a su objeto —por el otro—. Tanto los contratos administrativos como los inter-administrativos se rigen por el derecho público, administrativo en la especie, no obstante la posibilidad de aplicar las normas del Código Civil, pero adaptándolas siempre a la peculiar naturaleza publicista del contrato administrativo.<sup>3</sup> En cambio, en los contratos de la Administración, parcialmente reglados por el derecho privado, las normas del derecho privado se aplican en su plenitud a los aspectos del contrato que regula el derecho civil o comercial (principalmente en punto al objeto) y la Administración carece de prerrogativas de poder público (en materia de modificación, ejecución, sustitución del contratista, etc.).

Otra distinción fundamental que corresponde señalar también es la relativa a la caracterización del contrato inter-administrativo o contrato entre entes públicos como lo designa la doctrina italiana,<sup>4</sup> cuyo régimen jurídico difiere del de los contratos administrativos, al carecer la Administración de las preroga-

---

<sup>1</sup> MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952, pp. 118 y ss.; MIGUEL S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. III-A, Buenos Aires, 1970, pp. 21 y ss.; MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, pp. 435 y ss.; BARTOLOMÉ A. FIORINI, *Manual de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, 1968, pp. 409 y ss.; JOSÉ ROBERTO DROMI, "Contratos de la Administración: régimen jurídico unitario", en JA, 28/3/74, pp. 2 y ss. Para los antecedentes de esta cuestión véase RAFAEL ENTRENA CUESTA, "Consideraciones sobre la teoría de los contratos de la Administración", en *Revista de Administración Pública*, n° 42, pp. 42 y ss.

<sup>2</sup> ORESTE RANELLETTI, *Teoría degli atti amministrativi special*, 7ª ed., Milán, 1945, pp. 139 y ss.; RENATO ALESSI, *Instituciones de derecho administrativo*, t. I, trad. de la 3ª ed. italiana, Barcelona, 1970, pp. 263 y ss., quien admite empero los contratos entre entes públicos (ob. cit., p. 265).

<sup>3</sup> Sobre la aplicación de normas privadas por el procedimiento de la analogía al derecho administrativo nos remitimos a lo expuesto en nuestro *Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1981, pp. 51-52, donde distinguimos la aplicación subsidiaria de la analogía.

<sup>4</sup> RENATO ALESSI, *Sistemas Instituzionale del diritto amministrativo italiano*, 2ª ed., Milán, 1958, pp. 274 y ss.

tivas y facultades que hacen a la supremacía estatal, prevaleciendo el principio de unidad de acción del Estado.

Finalmente, en el campo típico del contrato administrativo, se impone la clasificación entre contratos de colaboración y de atribución, cuyos regímenes jurídicos —si bien todavía no han alcanzado un esclarecimiento y desarrollo adecuados— ostentan modalidades y características que admiten una diferente categorización dentro de la especie contrato administrativo.

Como resumen de esta introducción podemos entonces apuntar que el contrato de la Administración (desde el punto de vista del sujeto administrativo) incluye distintas categorías: a) contratos administrativos; b) contratos parcialmente regidos por el derecho privado; y c) contratos inter-administrativos, cuyas notas esenciales procuraremos precisar seguidamente.

### 3. *El contrato administrativo: concepto y diferencias con los contratos civiles.*

La noción del contrato administrativo ha evolucionado con el tiempo a medida que las distintas concepciones formuladas han ido perdiendo vigencia como consecuencia de su inaplicabilidad para resolver las diversas situaciones que planteaba la realidad en aquellos países con sistemas jurídicos similares al nuestro.

#### a) Criterios del sujeto, de la jurisdicción aplicable y de la forma del contrato.

Los criterios del sujeto y de la jurisdicción resultan fácilmente desechables. El primero, por cuanto la presencia de la Administración no basta para calificar un contrato como administrativo, pues ésta, aparte de que puede acudir a formas y técnicas de contratación privada, celebra también contratos con otras entidades estatales descentralizadas que no ostentan un régimen jurídico similar. La jurisdicción aplicable, denominada contenciosoadministrativa, tampoco sirve para calificar la naturaleza del contrato sino que ella es consecuencia de la disímil naturaleza y peculiaridades de los contratos que celebró la Administración.<sup>5</sup>

Tampoco convence el criterio de la forma sostenido por la antigua doctrina española,<sup>6</sup> pues cuando la Administración Pública celebra un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, pueden ser de aplicación también los requisitos formales del derecho público,<sup>7</sup> sin perjuicio de la mayor o menor aplicación del principio de la libertad formal, cuando la elección de la forma fuera discrecional para la Administración Pública.

<sup>5</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., pp. 61-62; MIGUEL S. MARIENHOFF, t. II-A, pp. 46 y ss.; MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, ob. cit., pp. 170 y 172.

<sup>6</sup> RECAREDO FERNÁNDEZ DE VELAZCO, *Los contratos administrativos*, Madrid, 1927, p. 12.

<sup>7</sup> Ver: RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., pp. 60-61; MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, ob. cit., p. 173; los criterios de distinción fundados en el sujeto, la jurisdicción aplicable y la forma no son considerados por LAUBADÈRE, quien se refiere a tres: a) calificación legal; b) la voluntad de las partes; y c) el objeto (ANDRÉ DE LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, t. I, París, 1956, pp. 33 y ss.).

b) La voluntad de las partes y la calificación legislativa

En cuanto a si las partes en un contrato que celebra la Administración con un particular pueden atribuir condición administrativa al acuerdo contractual mediante sus voluntades no parece que sean idóneas por sí mismas para asignarle tal calidad <sup>8</sup> puesto que, en definitiva, todo dependerá de la sustancia del contrato y del régimen que es consecuencia de su naturaleza jurídica.

De otra parte, la calificación legislativa como criterio determinante del concepto de contrato administrativo —con independencia de su naturaleza— puede surgir expresamente o en forma implícita. Lo primero ocurrirá cuando la norma legal prescriba que determinados contratos revisten carácter administrativo; lo segundo, en los supuestos en que se estatuye la jurisdicción contenciosoadministrativa para dirimir la controversia.<sup>9</sup>

Frente a una prescripción legislativa expresa es evidente que no cabe sostener que tales contratos sean contratos de derecho privado, por cuanto en su ejecución y efectos no están sometidos a las normas que rigen los contratos civiles o comerciales, sino que aparecen regulados por los principios que gobiernan los contratos administrativos, perteneciendo a esta categoría aunque no en virtud de su naturaleza sino por disposición expresa de la ley <sup>10</sup> lo cual traduce un criterio que no es “rigurosamente científico”.<sup>10 bis</sup>

En cambio, el criterio de la jurisdicción resulta inadecuado para determinar una calificación, pues el eventual cambio de las normas adjetivas que reglamenten el proceso contenciosoadministrativo no puede producir una mutación en el régimen jurídico sustantivo que rige el contrato.

c) El servicio público y la utilidad pública como criterios determinantes del contrato administrativo en razón de su objeto

En Francia, durante muchos años y aun hoy, la teoría del servicio público constituyó el eje central de la noción de contrato administrativo. Superada la antigua teoría que fincaba la caracterización del contrato administrativo en la distinción entre actos de autoridad y de gestión, surgió a principios de siglo la concepción que basó el carácter del contrato en la circunstancia de que el mismo tuviera por objeto la organización o el funcionamiento de los servicios públicos. Si bien con posterioridad apareció el criterio de la cláusula exorbitante que absorbió en gran medida al que se basaba en el servicio público, lo cierto es que a partir de 1956 (caso de los esposos Bertin, resuelto por el Consejo de Estado) la condición del servicio público volvió a tener plena vigencia, al considerar que revestía naturaleza administrativa aquel contrato en el cual al contratante se le hubiera confiado la ejecución directa de un servicios público.<sup>11</sup>

El criterio del servicio público es insuficiente para centrar en él la noción conceptual del contrato administrativo ya sea porque no existe acuerdo doctri-

<sup>8</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, p. 49.

<sup>9</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, p. 47.

<sup>10</sup> MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, ob. cit., p. 211.

<sup>10 bis</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, p. 48.

<sup>11</sup> JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVER, “La caracterización del contrato administrativo en la reciente jurisprudencia francesa y española”, en *Revista de Administración Pública*, nº 23, p. 193.

nario acerca de los alcances ni amplitud del concepto<sup>12</sup> o bien, por la aparición de los llamados en Francia servicios públicos industriales o comerciales que, en principio, se hallan sometidos a las reglas del derecho privado.<sup>13</sup>

Otro sector de la doctrina ha sostenido que la prestación de utilidad pública constituye el objeto del contrato administrativo junto a la exigencia de que uno de los sujetos de la relación sea la Administración Pública<sup>14</sup> pero, fuera de lo impreciso de la noción de utilidad pública, es evidente que muchos contratos administrativos (concesión de uso de un bien del dominio público) no persiguen fines directos de utilidad pública<sup>15</sup> y pertenecen al ámbito de la función administrativa.

#### d) Las cláusulas exorbitantes

La insuficiencia que portaba la teoría del servicio público para constituir el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la doctrina y jurisprudencia francesa la aparición de una corriente que, al advertir la presencia en casi todos los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al derecho común, creyó encontrar en tal hecho la solución al problema de la caracterización del contrato.

La inserción de una cláusula exorbitante en un contrato celebrado por la Administración tenía la virtud de convertirlo en administrativo, ya que, según la doctrina dominante en Francia, hacía presumir la intención de recurrir al régimen del contrato público y sólo en subsidio de ellas la jurisprudencia apelaba al criterio del servicio público, exigiendo, en tales casos, que el contratante participara en forma directa en la gestión del servicio público.

¿Qué se entendió por cláusula exorbitante? Mientras para un sector de la doctrina francesa las cláusulas exorbitantes eran aquellas que resultaban inusuales en el derecho privado<sup>16</sup> para otros eran las que, de incorporarse a un contrato de derecho privado, resultarían ilícitas,<sup>17</sup> no faltando quienes propugnaron una noción amplia comprendiendo tanto a las que fueran ilícitas como a las inusuales en el ámbito de la contratación civil o comercial.<sup>18</sup> Por su parte, hubo quie-

<sup>12</sup> MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, 1967, pp. 183 y ss.; RAFAEL BIELSA, ob. cit., t. II, p. 176; MIGUEL ÁNGEL BERQAITZ, ob. cit., pp. 178/182.

<sup>13</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE, ob. cit., t. I, pp. 61 y ss., para quien existe una presunción en favor del carácter de derecho común de dichos contratos, susceptible de ser destruida (ob. cit., t. I, p. 62 *in fine*).

<sup>14</sup> RAFAEL BIELSA, ob. cit., t. III, p. 172.

<sup>15</sup> BERQAITZ cita como ejemplo, el contrato de publicidad en los vidrios de los quioscos instalados en calles o plazas que no persiguen un fin de utilidad pública y que, sin embargo, son administrativos (ob. cit., p. 185).

<sup>16</sup> GEORGES VEDEL, *Droit Administratif*, París 1961, p. 643. Esta es también la opinión de LAUBADÈRE, quien sostiene que se trata simplemente de una cláusula que resulta inhabitual en un contrato entre particulares. Señala, además que la jurisprudencia francesa al respecto es por demás obscura, siendo en su opinión un principio o una regla técnica de derecho de los contratos administrativos que les imprime la marca de derecho público (ob. cit., t. I, pp. 91/93). Ver también: FRANCIS PAUL BENOTT, *Le droit administratif français*, París, 1968, pp. 598 y ss.

<sup>17</sup> MARCEL WALINE, *Droit administratif*, París, 1973, p. 572.

<sup>18</sup> JEAN RIVERO, *Droit administratif*, París 1968, p. 102. Es también la postura que adopta MARIENHOFF al acoger (en forma parcial) el criterio de la cláusula exorbitante (ob. cit., t. III-A, p. 75).

nes consideraron también cláusula exorbitante a aquella que tenía por objeto otorgar a las partes derechos e imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que resultan libremente consentidas por cualquiera dentro del ámbito de las leyes civiles o comerciales.<sup>19</sup> Así, se consideraron cláusulas exorbitantes las prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, etc.<sup>20</sup>

Entre nosotros, el criterio de la cláusula exorbitante ha sido objeto de críticas, sosteniéndose que de esa manera el contrato sería administrativo según que las partes la incluyan o no.<sup>21</sup> Desde otro punto de vista, en la doctrina española se ha afirmado que sería tanto como confundir causa con efecto, es decir, que las denominadas cláusulas exorbitantes aparecerían como una consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato,<sup>22</sup> lo cual no siempre acontece, por cuanto se suelen introducir aun en contratos que nada tienen de administrativos.

e) Otros criterios: la doctrina nacional

Muchas han sido las posiciones doctrinarias sostenidas en torno a esta cuestión en la doctrina argentina, algunas de las cuales tienen cierta similitud o afinidad con las principales concepciones elaboradas en el derecho europeo.

En este sentido, se ha postulado —siguiendo a García de Enterría—<sup>23</sup> que los contratos administrativos se caracterizan por una modulación que es el resultado de una doble exigencia:

1) Las peculiaridades funcionales de la Administración como organización colectiva característica; 2) su actividad peculiar y propia.<sup>24</sup>

Tal modulación, se señala, “se presenta con caracteres propios en el contrato administrativo, en cuanto a la prerrogativa de poder público con que cuenta la administración en sus contratos administrativos, y que consiste en el privilegio de la decisión unilateral y ejecutiva previa al conocimiento judicial, que impone al cocontratante la obligación de su cumplimiento inmediato, con la posibilidad de impugnarlo si está disconforme con su legalidad”.<sup>25</sup>

Pero tal criterio sólo refleja una de las notas peculiares y propias del contrato administrativo cuyo régimen jurídico es consecuencia de la naturaleza pública, por lo que es menester completar los aspectos de la noción para averiguar precisamente cuáles son los contratos que deben contener dicha modulación específica.

<sup>19</sup> G. PEQUIGNOT, en “Juris Classeur Administratif”, fase 500, París, 1964, p. 27, n° 212, citado por MONTORO PUERTO en la obra, *Contratos administrativos atípicos*, Madrid, 1969, p. 58.

<sup>20</sup> Ver MANUEL MARÍA DIEZ, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1965, p. 447.

<sup>21</sup> MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, ob. cit., pp. 189/191.

<sup>22</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., pp. 63/64.

<sup>23</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, “La figura del contrato administrativo” en *Revista de Administración Pública*, n° 41, Madrid, 1963.

<sup>24</sup> MANUEL MARÍA DIEZ, ob. cit., t. II, pp. 452-455.

<sup>25</sup> MANUEL MARÍA DIEZ, ob. cit., t. III, p. 454.

Distinta es la concepción que formula Marienhoff, para quien los contratos que celebra la Administración tienen carácter administrativo en base a dos criterios principales: a) por razón de su objeto; y b) aun cuando no fueren "administrativos por su objeto, cuando contengan cláusulas exorbitantes expresas del derecho privado".<sup>26</sup>

El criterio de los fines específicos o propios del Estado para determinar cuándo un contrato de colaboración (donde la prestación principal está a cargo del cocontratante) es administrativo puede resultar demasiado restringido de concebirse como fines propios o específicos del Estado sólo a aquellos que no pueden surgir de los preceptos de la Constitución o de su Preámbulo. En efecto, la legislación que el Congreso puede dictar en ejercicio de su competencia constitucional puede establecer nuevos fines estatales no previstos en la Constitución, siempre que no se trate de actividades reservadas a particulares (desde luego que siempre con la finalidad de realizar el bien común y respetando el principio de subsidiariedad). Como consecuencia de ello los contratos de colaboración que se celebrasen se regirían por el derecho administrativo.

Dentro de las concepciones que definen los contratos administrativos por su naturaleza, se ha sostenido que son aquellos que celebra la Administración con un fin público, o que en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, o bien que, aun cuando no se dieran estos supuestos, el legislador hubiera sometido a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho común.<sup>27</sup>

Si el criterio de los fines públicos directos y específicos resulta restringido en la medida en que no se pueden abarcar aquellos supuestos tradicionalmente regidos por la contratación administrativa (vgr., concesión de uso de un bien del dominio público), el basado en la eventual afectación de una necesidad pública colectiva permite englobar una serie de casos cuya regulación escapa al derecho privado (contrato que otorga a un particular el derecho de explotar con publicidad las veredas de las calles),<sup>28</sup> cuya actividad y relaciones jurídicas pertenecen al campo de la función administrativa. Sin embargo, se trata de un concepto jurídico indeterminado que en gran medida resulta carente de precisión y ambiguo.

La decisión legislativa puede ser idónea para caracterizar un contrato administrativo cuando ella concuerde con los principios y normas en que se asienta el derecho administrativo, contemplando especialmente los requerimientos de la justicia; en caso contrario, se estará dentro de lo que se suele denominar la omnipotencia del legislador.

---

<sup>26</sup> MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III-A, pp. 54 y ss. Para este tratadista habrá contrato administrativo, en razón de su objeto, en dos casos: a) cuando, tratándose de un contrato de atribución, la prestación determinante del mismo se refiera a un objeto que excluya la posibilidad de constituir materia de contrato entre particulares, sea por tratarse de un acuerdo contractual cuya finalidad sea exclusiva del Estado o bien, que su objeto pertenezca al comercio de derecho público; y b) en los contratos de colaboración cuando la prestación fundamental se relacione directa o indirectamente con las funciones específicas del Estado.

<sup>27</sup> MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, ob. cit., p. 214.

<sup>28</sup> MIGUEL ÁNGEL BERCAITZ, ob. cit., p. 206.

f) La función administrativa como fin del contrato. Aspectos que configuran el contrato administrativo

El panorama hasta aquí descripto revela hasta qué punto existen dificultades en torno de una noción doctrinaria que sirva de base para el desarrollo de una teoría integral del contrato administrativo, pero demuestra también que existen una serie de coincidencias que merecen ser tenidas en cuenta como indicadores del estado en que se encuentra la cuestión. Tales coincidencias versan acerca de la necesidad de que una de las partes sea la Administración Pública y en el reconocimiento de un régimen jurídico exorbitante del derecho común.

Así, para que exista contrato administrativo, se requiere que el acuerdo sea celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa,<sup>29</sup> lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico exorbitante del derecho privado (en materia especialmente de ejecución y extinción). Habrá, de esta manera, contratos administrativos en el ámbito de los tres órganos en que se distribuye el poder estatal: ejecutivo, legislativo y judicial.

La existencia de cláusulas exorbitantes, que depende de la voluntad de las partes, especialmente de la Administración, no es de por sí decisiva para caracterizar el contrato administrativo, pues pueden hallarse presentes aun en los contratos parcialmente reglados por el derecho privado (en punto a su objeto) que poseen una regulación jurídica distinta.

El criterio de la Administración pública, en sentido material, que utiliza un régimen jurídico exorbitante es lo que precisamente permite distinguir dicha función de la actividad industrial o comercial del Estado, también llamada gestión económica, donde la Administración acude a las instituciones y técnicas de la contratación privada.

De ese modo, los contratos resultan administrativos en razón de su objeto, cuando su contenido pertenece a la función administrativa materialmente considerada, criterio que en definitiva resulta coincidente con el del servicio público (en su acepción amplia) sostenido por la doctrina francesa.

Por ese motivo es que los distintos tipos y denominaciones de los contratos que se celebran para colaborar con la función administrativa (contratos de colaboración) o para atribuir ventajas propias de la justicia distributiva (contratos de atribución) prácticamente son los mismos que en la concepción del servicio público elaborada por la jurisprudencia francesa (concesión de servicios públicos, obra pública, suministro, etc.).

Desde luego que el concepto de función administrativa es esencialmente dinámico e históricamente variable en cuanto debe graduarse de conformidad al ordenamiento jurídico-legal de cada país, pero ello no quita la utilidad

---

<sup>29</sup> Se utiliza aquí el concepto material u objetivo sobre función administrativa cuyas notas esenciales son la concreción, continuidad e inmediatez para satisfacer mediante un régimen de derecho público las necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran con la finalidad de alcanzar el bien común. Sobre los distintos criterios, que se han dado respecto de la noción de Administración Pública o función administrativa nos remitimos a nuestra obra *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, 1981, pp. 60 y ss.

de seguirlo empleando como centro de referencia, unido a la existencia de un régimen en el que se reconozcan en forma orgánica y sistematizada las prerrogativas de poder público que tiene la Administración a su favor (ejemplo: modificación unilateral del contrato). La presencia o no de este régimen exorbitante no depende de la voluntad de las partes, pues existe con independencia de la voluntad de someterse al mismo, sin perjuicio de que la Administración pueda celebrar, cuando el ordenamiento lo admita, un contrato parcialmente reglado por el derecho privado, donde tal regulación estará ausente, en principio. No debe confundirse, en consecuencia, "régimen exorbitante" con cláusula exorbitante, la cual sí depende de la voluntad de quienes contratan.

Hay que advertir, asimismo, que, como consecuencia de la potestad que posee la Administración Pública para crear unilateralmente vínculos obligatorios con relación a terceros en la medida en que no se altere el ordenamiento jurídico ni los principios generales que informan el derecho administrativo, es posible que los contratos administrativos produzcan efectos en la esfera de particulares ajenos al vínculo contractual.

También es necesario distinguir el contrato administrativo de otra categoría de contratos: el interadministrativo, donde las partes son personas jurídicas públicas y la relación que se da es la de una cooperación sin prerrogativas exorbitantes —no obstante ostentar un régimen particular y especial de derecho público—.

Ha sido tradicional dentro de las ideas jurídicas dominantes en la doctrina que se ha ocupado de estudiar la noción del contrato, definirlo, en general, como un acuerdo de voluntades. Esta definición no debe empero ir mucho más allá de una descripción formal del acuerdo logrado, que nace de un vínculo donde la voluntad de ambas partes se manifiesta, ya sea en forma expresa o tácita. Por eso puede decirse que el contrato tiene origen en un acto bilateral de voluntad del cual nacen obligaciones para quienes lo celebran. Pero el contrato es algo más que el acuerdo de voluntades que le da nacimiento.

En efecto, desde la óptica realista, el contrato es una conmutación voluntaria, un intercambio de prestaciones que traduce el equilibrio o igualdad que procura la justicia.

Ahora bien, esa conmutación voluntaria puede dar lugar a un intercambio instantáneo, o bien, a una relación de tipo institucional<sup>29 bis</sup> donde la Administración debe compensar los desequilibrios no imputables al contratista mediante actos propios de la justicia distributiva o restituciones de naturaleza conmutativa.

Esta tesis, para los contratos administrativos que encierran una fundación o una asociación encubierta (vgr., concesión de servicios públicos) reposa a nuestro juicio en tres ideas fundamentales. La primera, que siendo tales contratos verdaderas instituciones que persiguen el bien común, hay un interés público que tutelar que se halla por encima de la voluntad de las partes y

<sup>29 bis</sup> MAURICE HAURIU, "La teoría del riesgo imprevisible o los contratos influidos por instituciones sociales", *Revista de Derecho Privado*, n° 1481, Madrid, 1926, pp. 1 y ss.

cuya satisfacción es esencialmente dinámica y sometida a los cambios socioeconómicos que se van operando durante la vida del contrato. En segundo lugar, que la idea de colaboración, que implica una suerte de solidaridad con la función administrativa, justifica que el Estado corrija los desequilibrios que se presentan en el curso de una relación contractual, cuando no media culpa o dolo del contratante, mediante un acto de justicia distributiva, o bien, mediante una restitución propia de la justicia conmutativa. La tercera razón que completa las ideas restantes consiste en reconocer que ese interés público dinámico que se persigue en el contrato administrativo y la consecuente obligación de colaborar o de repartir bienes comunes, rebasan las previsiones de las partes, debiendo considerarse sustanciales al contrato e integrantes del acuerdo celebrado.

Pero, además, implica, de una parte, el abandono de las concepciones que postulaban la rigidez en la interpretación de los pliegos de condiciones por el principio de la flexibilidad, la posibilidad de modificar *a posteriori* las bases del contrato celebrado mediante licitación pública, en tanto la modificación se hubiera igual introducido de haberse adjudicado a otro oferente, y lo que todavía es mucho más significativo, el reconocimiento del principio de la intangibilidad de la ecuación económico-financiera del contrato que, fundado en la idea de colaboración, termina por trasladar a la Administración el riesgo del incumplimiento que no fuera imputable al contratista.

#### 4. Clasificación de los contratos administrativos

Se puede advertir que existen distintas modalidades dentro del género que conducen a la necesidad de marcar ciertas distinciones que hacen, ya sea al diferente papel que en ellos cumplen la Administración Pública y el contratante en el campo de las prestaciones, o bien, a la tipicidad que ostentan algunos contratos administrativos.

##### a) Contratos de atribución y de colaboración

Existe una primera clasificación<sup>30</sup> que se apoya fundamentalmente en la distinta función que cumplen las partes en orden a sus prestaciones esenciales, lo cual permite deslindar dos especies de contratos administrativos: a) de colaboración; y b) de atribución. En el contrato administrativo de colaboración lo esencial es la prestación que debe el particular al Estado, la que implica colaborar con la función administrativa. De allí se explica que estos contratos deban tener un rigor mucho mayor que los contratos de atribución, donde lo esencial es la prestación del Estado, mientras que la del contratista se caracteriza por ser la contrapartida de las ventajas que obtiene el Estado.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> GARRIDO FALLA recoge al respecto la clasificación de ZWALHEN (*Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, Madrid, 1966, p. 52, 3ª ed. También esta clasificación la postula entre nosotros MARIENHOFF (ob. cit., t. III-A, pp. 113-114).

<sup>31</sup> Como ejemplos de contratos de colaboración pueden mencionarse: el contrato de obra pública, empleo o función pública, concesión de servicios públicos de suministro, etc. Son, en cambio, contratos de atribución, entre otros, la concesión de uso de bienes del dominio público y el contrato de promoción industrial que reglaba la ley nº 20.560, actualmente derogada por la ley nº 21.608.

Si bien a ambas especies de contrato administrativo se aplica un régimen jurídico exorbitante del derecho común, existen algunas prerrogativas de poder público que, en los contratos de atribución, deben aparecer morigeradas o resultan implicables, tal como acontece con la ejecución directa de la prestación del cocontratante o su sustitución en caso de incumplimiento, sin perjuicio del derecho a extinguir el contrato, con aplicación de penalidades.<sup>32</sup>

En materia de interpretación de las cláusulas del contrato también puede hallarse otra característica diferencial entre los contratos de colaboración y de atribución, pues, en estos últimos, en el supuesto de existir una duda razonable en punto a su interpretación, la misma debe resolverse a favor del interés del contratista, a contrario de lo que acontece en materia, de contratos de colaboración, donde la interpretación debe, en principio y en caso de duda, favorecer a la Administración por la naturaleza de la actividad que se ha contratado (servicio público, obra pública, etc.).<sup>33</sup>

#### b) Según su tipicidad

En la actual doctrina administrativa se distingue la categoría de los contratos típicos y atípicos, en la medida en que se encuentren regulados o no por una "disciplina concreta y detallada en la ley", de los contratos nominados o innominados, donde lo que cuenta es la existencia o inexistencia de *nomen iuris*.<sup>34</sup>

En Argentina, el contrato de obra pública constituye un contrato administrativo típico, en cuanto tiene una regulación legal en la ley 13.064 y las partes (Estado y contratista) sólo pueden introducir aquellas cláusulas que no modifiquen la sustancia de dicha regulación legal.

En cambio, cuando se carece de una disciplina normativa para regular el contrato, éste será atípico, por más que tuviera asignada una nominación jurídica por la ley, la doctrina o la jurisprudencia (ejemplo, contrato de concesión de uso de un bien dominial).<sup>35</sup> Tanto la tipicidad como la atipicidad del contrato administrativo puede ser total o parcial.

#### c) Nominados e innominados

Esta clasificación, cuyos orígenes históricos se remontan al Derecho Romano, tiene en cuenta la nominación jurídica del contrato, con prescindencia del hecho de que el mismo se encuentre sometido o no a una legislación específica.<sup>36</sup> De esta manera hay en derecho administrativo contratos nominados típi-

---

<sup>32</sup> Vgr. en un contrato de concesión del servicio público de recolección de residuos existirían tales prerrogativas, que resultan inaplicables, en principio, a un contrato de atribución. Ello obedece a que en la relación contractual de atribución la prestación de ambas partes se encamina a que el particular o empresa obtenga o alcance un fin particular de un modo directo e inmediato, mientras que la finalidad también es indirecta y mediata.

<sup>33</sup> Véase MIGUEL MARLENHOFF, ob. cit., t. III-A, pp. 618-619.

<sup>34</sup> MIGUEL MONTORO PUERTO, *Contratos Administrativos Atípicos*, Madrid, 1969, pp. 26 y ss.

<sup>35</sup> También habrá atipicidad administrativa cuando se acuda por analogía a las normas del Código Civil, ya que en tales casos no hay aplicación directa o subsidiaria de normas.

<sup>36</sup> MIGUEL MONTORO PUERTO, ob. cit., p. 27.

cos, como el contrato de suministro,<sup>37</sup> y contratos nominados atípicos, que carecen de disciplina legal que los regule,<sup>38</sup> como el contrato de concesión de servicios públicos.

## 5. El contrato interadministrativo

A raíz del proceso de descentralización y asunción por el Estado de nuevos cometidos, aparece actualmente la figura del contrato interadministrativo o contrato entre entidades públicas estatales. La presencia de dos o más sujetos estatales en este tipo de acuerdos es precisamente lo que va a imprimir a la contratación de una modulación especial, caracterizada por la ausencia de prerrogativas exorbitantes al derecho común, susceptibles de afectar el principio de unidad de acción, que deriva a su vez del reconocimiento de otra unidad esencial: la del poder del Estado.

El régimen jurídico que ostentan los contratos interadministrativos puede caracterizarse por algunas notas diferenciales; tales como: a) excepción al requisito de la licitación pública en el proceso de selección;<sup>39</sup> b) inaplicabilidad de multas o sanciones pecuniarias a entidades estatales;<sup>40</sup> c) un particular sistema de solución de conflictos;<sup>41</sup> d) no rige el principio de la estabilidad del acto administrativo cuando las entidades se hallan en una misma esfera de gobierno (nacional o provincial),<sup>42</sup> lo cual tendrá aplicación con respecto a los actos de ejecución de un contrato interadministrativo.

Por aplicación extensiva de la teoría de la superación de las formas jurídicas, también se regirán por las reglas de los contratos interadministrativos, aquellos que se celebren entre una entidad pública estatal, centralizada o descentralizada<sup>43</sup> con una sociedad comercial en cuya administración o capital tenga participación mayoritaria el Estado.<sup>44</sup>

<sup>37</sup> Reglado por la ley de contabilidad (arts. 55 y ss.) y su reglamentación (decreto 5720/72).

<sup>38</sup> Para MESSINEO, por el contrario, existe identificación entre contrato nominado y contrato típico (*Doctrina general del contrato*, t. I, Buenos Aires, 1952, pp. 378 y ss., traducción del italiano).

<sup>39</sup> Ley de contabilidad, art. 56, inc. 3º, apartado i); decreto 5720/72, reglamentación, art. 56, inc. 10, principio que también se extiende a los contratos administrativos atípicos. Véase: ENRIQUE SAYAGUES LASO, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Montevideo, 1963, pp. 590-591.

<sup>40</sup> JUAN CARLOS CASSAGNE, *La ejecutoriedad del acto administrativo*, Buenos Aires, 1971, pp. 79-81.

<sup>41</sup> Al respecto nos remitimos a lo que hemos expuesto en *El acto administrativo*, pp. 118 y ss., y en nuestro *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, 1982, pp. 77 y ss.

<sup>42</sup> Ya que, no es concebible la existencia de derechos subjetivos en las entidades descentralizadas superiores a los del propio Estado (en sentido estricto, es decir, la persona pública del Estado).

<sup>43</sup> Sobre el concepto de entidad estatal descentralizada véase nuestro trabajo: "Las entidades estatales descentralizadas y el carácter público o privado de los actos que celebran", en *La Ley*, t. 143, pp. 1172 y ss.

<sup>44</sup> Solución que acoge el derecho positivo con referencia a la exención de la licitación pública (decreto 5720/72), reglamentación art. 56, inc. 10).

## 6. *Contratos de Administración reglados parcialmente por el derecho privado*

La existencia de contratos de la Administración parcialmente reglados por el derecho privado es por lo general aceptada por la doctrina nacional<sup>45</sup> y extranjera,<sup>46</sup> aun por los partidarios de la concepción unitaria en materia de actos y contratos administrativos.<sup>47</sup> En Colombia, por ejemplo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han postulado la doble clasificación.<sup>48</sup>

La discrepancia surge en punto al reconocimiento de este tipo de contratos como categoría jurídica diferenciada, ya sea que se los llame contratos mixtos o contratos privados de la Administración, donde la competencia y en principio la forma, se regirán por el derecho administrativo, y el objeto, por el derecho privado.

En general, la Administración Pública acude a esta clase de contratación cuando realiza una actividad industrial o comercial, tal como sucede con las denominadas empresas del Estado, en cuya legislación se establece que la respectiva actividad se hallará sometida al derecho privado en todo lo que haga a sus actividades específicas.<sup>49</sup>

Así, cuando estas empresas actúan en el mercado utilizando las técnicas de la contratación privada, se aplicará el derecho civil o comercial para reglar al menos el objeto del acto, aunque la competencia aparezca siempre disciplinada por el derecho administrativo.

En tal caso, la aplicación del derecho privado se realiza en forma directa o subsidiaria y no por analogía, como sucedería de tratarse de un contrato administrativo en sentido estricto.

Las características que diferencian este tipo de contratos de los administrativos es la ausencia de un régimen jurídico exorbitante de derecho común no procediendo la ejecutoriedad, la aplicación y ejecución de multas en sede administrativa, la sustitución directa del contratista, etc.

---

<sup>45</sup> RAFAEL BIELSA, ob. cit., t. II, p. 175; MIGUEL ÁNGEL BERÇAITZ, ob. cit., pp. 209-210; BARTOLOMÉ A. FIORINI, ob. cit., t. I, p. 414; MANUEL MARÍA DIEZ, ob. cit., t. II, pp. 440 y ss.; MIGUEL S. MARIENHOFF, ob. cit., t. III, L. A., pp. 117 y ss.; señala al respecto BIELSA que la necesidad de distinguir los contratos civiles o comerciales, que celebra la Administración, de los contratos administrativos, es tan evidente e incuestionable, que toda discusión sobre ello es obvia y que "la circunstancia de que el régimen interno (financiero, contable, etc.) sea uno para todos los contratos, administrativos o no, tiene su explicación en el principio de que todos los bienes del Estado están sujetos a un sistema patrimonial uniforme y responsable" (ob. cit., t. III, p. 175, nota 24).

<sup>46</sup> ANDRÉ DE LAUBADÈRE, ob. cit., t. I, pp. 29 y ss.; FRANCIS PAUL BENOIT, *Le droit administratif français*, Toulouse, 1968, pp. 595 y ss.; ALDO SANDULLI M., *Manuale di diritto amministrativo*, 10ª ed., Nápoles, 1970; FERNANDO GARRIDO FALLA, ob. cit., t. II, pp. 37 y ss.

<sup>47</sup> AGUSTÍN A. GORDILLO, *Empresas del Estado*, Buenos Aires, 1966, pp. 84-86, cuyo criterio respecto de los contratos que celebran las empresas del Estado resulta en definitiva ambiguo (ob. cit., p. 86).

<sup>48</sup> JAIME VIDAL PERDOMO, *Derecho Administrativo*, Bogotá, 1977, pp. 418-420.

<sup>49</sup> Ley 13.653, art. 1º, texto ordenado por decreto 4053/55, modificado por la ley 15.023. Véase también sobre esta cuestión: HÉCTOR JORGE ESCOLA, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Buenos Aires, 1977, pp. 252 y ss., quien termina aceptando los contratos privados de la Administración.

¿Pero qué acontece si en un contrato parcialmente reglado por el derecho privado se introduce una cláusula exorbitante por voluntad de las partes contratantes (aunque en definitiva se trate de la adhesión del particular a ella)? En tal caso es evidente que habrá una injerencia parcial del derecho administrativo, pero su inserción no convierte de por sí a todo el contrato en administrativo.<sup>50</sup>

Su régimen es pues de una naturaleza muy peculiar y la competencia para entender en las causas relativas a este tipo de contratos mixtos es la civil y comercial y no la contenciosa administrativa,<sup>51</sup> por lo que no cabe hablar de ausencia de interés jurídico en realizar la distinción<sup>52</sup> como creemos haberlo demostrado precedentemente.

Tampoco puede apelarse para refutar esta categorización a la superada doctrina de la doble personalidad del Estado,<sup>53</sup> ya que la circunstancia de que una persona jurídica como es el Estado tenga capacidad para celebrar tanto contratos administrativos como contratos parcialmente reglados por el derecho privado, no implica un desdoblamiento en la personalidad del ente (en este caso público), al igual de lo que sucede en relación a las personas jurídicas privadas, que pueden realizar contratos civiles y comerciales como administrativos, sin que ello implique fraccionar su personalidad (que en este supuesto es privada).

La jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal ha recogido la distinción al atribuir en forma reiterada carácter civil<sup>54</sup> a determinados contratos celebrados por la Administración Pública, como el de la compraventa o arrendamiento de tierras fiscales.

JUAN CARLOS CASSAGNE

---

<sup>50</sup> RAFAEL ENTRENA CUESTA, ob. cit., p. 64, citando en su apoyo las opiniones de GARCÍA DE ENTERRÍA, PEQUIGNOT, GARCÍA TREVIJANO FOS y LAUBADÈRE (nota 72).

<sup>51</sup> Cfr. MIGUEL S. MARIENHOFF, t. III-A, p. 124.

<sup>52</sup> JOSÉ ROBERTO DROMI, ob. cit., p. 10.

<sup>53</sup> AGUSTÍN A. GORDILLO, *El acto administrativo*, 2ª ed., Buenos Aires, 1968, pp. 67-68; JOSÉ ROBERTO DROMI, ob. cit., p. 7.

<sup>54</sup> Vgr., *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, t. 259, pp. 343-346.

# LA FIGURA DEL CONTRATO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

## 1. INTRODUCCIÓN

El motivo que nos ha llevado a elegir el siguiente tema ha sido la actual situación de la figura contractual en el ámbito jurídico, ámbito dentro del cual se habla de crisis y de muerte del contrato, de socialización y respeto a la autonomía contractual, de intervencionismo estatal y de valoración social; luego frente a tales disyuntivas la pregunta que surge es en qué medida siguen vigentes los principios iusfilosóficos de la ilustración en el campo del derecho contractual.

Es por eso que procederemos a enfocar el problema a partir de la noción de contrato dentro del sistema legal norteamericano, y ello porque el derecho norteamericano ha demostrado en su génesis una adhesión hacia la filosofía utilitarista y los principios de la Revolución Francesa, de un modo que, estimo, casi no tiene comparación con otros sistemas legales. Sin embargo, ésta no es la única particularidad: el positivismo de Comte y el evolucionismo de Darwin han preformado de tal modo la mentalidad jurídica norteamericana, que podría aseverarse que es en los Estados Unidos, donde han tenido mayor recepción estas doctrinas.

De ahí las razones de centrar el problema desde esta perspectiva; por otra parte, su estudio nos resulta de vital importancia ante el desconocimiento de los fines del derecho, hecho que va a contribuir a comprender el porqué de la crisis del contrato.

## 2. EL DERECHO CONTRACTUAL ANGLOAMERICANO

2. 1. *Su génesis histórica*: Desde los tiempos medievales el derecho anglosajón conoció un cierto tipo de acuerdos que poseían fuerza obligatoria debido a la formalidad bajo la cual se habían efectuado las promesas. Estos acuerdos protegidos por las cortes reales, recibían el nombre de *promises under seal* (o *contracts under seal*, como posteriormente se identificaron), cuya cobertura legal provenía del hecho de que las promesas habían sido avaladas por un sello (*seal*), es decir, que su obligatoriedad derivaba de la existencia de dicho sello.

Sin embargo este tipo de acuerdo no era el único exigible judicialmente, a éste se agregaban los *contratos de fianza*, cuya esencia resultaba del hecho de que el demandado debía al actor e ilegítimamente no cumplía su deuda.

Ambos tipos de acuerdos requirieron la existencia de una acción que permitiese su ejecución por los tribunales, acción que debía estar en un escrito o

*writ*, que avalado por la Corona autorizase al actor a presentarse ante la justicia. Por lo expuesto podemos deducir que cualquier convenio *under seal* requería de un *writ*, sea un *writ of covenant* para este tipo de convenios, o un *writ of debt* para los contratos de fianza, por lo cual podemos concluir que, el *common law* exige la existencia de un *writ* para que los tribunales puedan conocer del caso, sea para el cobro del dinero que se debe o para el pago de los daños y perjuicios que se deben por la realización de un acto ilícito.

2. 2. *Evolución a partir de la conquista normanda*: A partir de la conquista el *writ* alcanza tal importancia que sin su existencia los tribunales se hallan impedidos para entender en los casos que no posean su *writ* correspondiente, con lo cual "los casos en que se podía obtener dinero de otra persona cabían dentro de un número reducido de grupos, para cada uno de los cuales había una forma particular de demandar expresando la reclamación".<sup>1</sup> Tal situación no podía perdurar, de ahí que se comiencen a crear nuevos *writs* para casos similares, en los cuales surgía un *deber* independiente del contrato, en los cuales "la ocasión inmediata del daño objeto de la demanda puede haber sido una simple omisión que permitió el libre funcionamiento de las fuerzas naturales".<sup>2</sup>

Es así que nacen los *writs de trespass on the case*, durante los siglos xv y xvi el *writ* llamado *assumpsit*, remedio para el incumplimiento de promesas informales, cuyo fundamento de la acción va a ser el *daño sufrido*. Pero al lado de éstos, el derecho inglés elaboró lo que se llamó, sin mucha precisión por muchos siglos y aún en la actualidad, la *consideration*. Y aquí cabe efectuar una explicación: las primeras referencias a la misma datan de los reinados de Eduardo I (1272-1307), de Enrique VI (1422-1461) e Isabel I (1558-1603); bajo estos últimos, la *consideration* adquirirá la forma de un remedio legal para todos los contratos que no se hayan formalizado bajo sello. Pero el *common law* no pudo precisar sus límites ni su contenido exacto por eso algunos autores buscaron su definición a partir de la noción de *causa* del derecho romano, asimilación que no hizo sino confundir los términos. Poco a poco se formó la idea de que la *consideration* era el beneficio para el deudor así como el perjuicio para el acreedor, noción que permitirá reducir sus términos al de *motivo* o móvil de la promesa convencional, de manera que su existencia será para los contratos informales, lo que el sello es para los formales. De ahí que probada la existencia de alguno de estos elementos, se pueda accionar. (Nos referiremos más ampliamente sobre el tema en el punto 4).

2. 3. *Nacimiento del derecho norteamericano*: Tal era el estado del derecho anglosajón, al ser trasladado a las colonias de América del Norte, y que servirá de base para la creación del derecho norteamericano. Pero antes cabe hacer una aclaración, el derecho que nos interesa es el que surge posteriormente al año 1800, ya que el período anterior no ofrece interés al objeto de este estudio, y no corresponde estrictamente al derecho norteamericano, sino a un período de administración colonial.

1 OLIVER WENDELL HOLMES, *The Common Law*, trad. por F. N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, p. 247.

2 Id., p. 251.

Aclarado este punto, podemos ceñirnos al momento que vivió la generación norteamericana al tiempo de la Revolución Francesa. Esta generación de americanos, de la cual provendrían sus principales dirigentes, se deslumbró ante tal hecho sin precedentes; su admiración por Voltaire, Diderot y Montesquieu influye tanto en su concepción política como en su mentalidad jurídica. El sistema legal norteamericano será racionalista y antimetafísico, despreciativo de la tradición jurídica romana del derecho continental y celoso de su independencia frente al *common law*.

Si el derecho inglés fue el único derecho conocido por los abogados y los jueces americanos, no lo fue de todos por vía directa; su conocimiento se limitará a las obras de *Blackstone*, *Coke* y *Mansfield*, por citar a los más destacados. Por otra parte, el derecho continental será aún menos conocido que el derecho inglés, situación precaria del nascente derecho norteamericano, que se verá agravada por la independencia de los Estados Unidos, ya que los juristas norteamericanos, presos de una anglofobia irracional, llegarán a prohibir toda cita o alusión de un precedente o de un autor ingleses, tanto en sus fallos como en la legislación. Semejante actitud condenará a los tribunales a crear un cuerpo de doctrina desde cero, por ello a través de los fallos se elaborará una teoría del derecho que reconocerá la influencia inevitable del *common law*, y que será la base del nuevo sistema legal. *Marshall*, *Story* y *Chancellor Kent* serán los prohombres de los tribunales, ellos sentarán la doctrina, dentro de la más pura tradición del *common law*: los jueces crearán derecho, y esto que apareció como inevitable, será una copia fiel de la labor que los tribunales ingleses habían estado desarrollando desde siglos atrás.

El sistema de derecho norteamericano nació, pues, como un sistema racional de derecho, creado de acuerdo con las necesidades sociales, económicas y técnicas del momento. Así frente a los problemas derivados del extenso territorio y la expansión posterior, los jueces se convirtieron en resolutores de problemas, problemas que ni el congreso ni las legislaturas locales podían o estaban en condiciones de solucionar. *Llewellyn*, refiriéndose a este período, anota que esta época creativa de derecho es en gran parte semejante a la Roma del derecho clásico; no duda este autor, por consiguiente, en comparar el poder y la estabilidad de ambos estados y su explosión de energía creadora, la cual llevará a ambos a elaborar un sistema racional de derecho, por eso se lo denomina como el *Grand Style* del derecho anterior a la Guerra Civil.

Lo expresado anteriormente no invalida un hecho cierto, el derecho y la labor jurisdiccional nunca habían captado tanto a la gente como durante este período, es el momento del auge del contrato. Contrato que se conforma acorde a los intereses de los contratantes, de ahí la innecesariedad de reglas para normarlo, "*what counted was what real people were doing in the real world*"<sup>3</sup> dice Gilmore, y no se equivoca. Sin embargo, la libertad para contratar y la libertad contractual, es decir, la amplia capacidad para contraer obligaciones y el modo autónomo para crear los acuerdos, originó un caos. La mayor parte de las rela-

---

<sup>3</sup> GRANT GILMORE, *The ages of American Law*, Yale University Press New Haven, 1977, p. 45.

ciones obligacionales estuvo controlada por la sola autonomía de la voluntad individual. Si el contrato "*became the solving idea for the law's response to the needs of the expanding society*"<sup>4</sup> se hizo urgente un ordenamiento, tarea que llevará a cabo Langdell (1826-1906). A través del sistema de enseñanza por casos, que fue su obra, redactará una teoría general de los contratos, los casos reemplazarán a los textos, y las bibliotecas se convertirán en laboratorios.

*"The law under the new dispensation, no longer recognized factors or brokers, farmers or workers, merchants or manufacturers, shipowners or railroads, husbands or wives, parents or children, only faceless characters named A and B, whoever they might be and whatever it might be they were trying to accomplish."*<sup>5</sup>

El período posterior a la Guerra Civil experimentó el *shock* derivado de los avances técnicos. La libertad contractual con su hipotética igualdad entre las partes comenzó a derrumbarse por irreal. Se hizo necesario corregir el sistema, tarea que será de *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935). Eminente jurista, no valorado por sus contemporáneos, su labor será trasladar el centro de interés del derecho al plano de los fines sociales.

*"The first requirement of a sound body of law is, that it should correspond with the actual feelings and demands of the community, whether right or wrong."*<sup>6</sup>

Es función de la jurisprudencia, por lo tanto, ajustarse a las necesidades del momento, a la situación económico-sociológica del presente, por eso la misión del derecho será la de ser un instrumento para lograr fines sociales. De este modo, será superada la incomunicación entre el derecho y la realidad. Pero Holmes estaba apresurado en sus formulaciones, la mentalidad de los jueces norteamericanos caminaba más lentamente, empero sus concepciones prevalecerían con el correr del siglo xx.

2. 4. *El derecho norteamericano en el siglo xx*: Con el comienzo del siglo presente resurgen las ideas de codificación expuestas por Bentham a fines del siglo xviii. Su intento codificador vuelve a la vida por iniciativa de la American Bar Association, la cual a través de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, elaborará estatutos que codificarán diversas materias relativas al derecho comercial, entre ellas los contratos. Esta labor culminará con la redacción del *Uniform Commercial Code* (hoy adoptado por la mayoría de los estados de la Unión), del cual hablaremos más adelante.

Mientras tanto en el ambiente universitario surge un movimiento heterogéneo, llamado *legal realism*, de raíz pragmática y sociológica. Esta corriente jurídica pondrá el énfasis en la concepción de un *law in action*, según la expresión de Pound, que no sea un derecho libresco sino un derecho vivo. Consecuente con sus ideas, su ataque se dirigirá contra la obra de Langdell; el anti-

---

<sup>4</sup> BERNARD SCHWARTZ, *The Law in America*, USA, McGraw-Hill Book Co., 1974.

<sup>5</sup> GILMORE, ob. cit., p. 46.

<sup>6</sup> Cit. por GILMORE, p. 49.

formalismo que preconizarán, buscará situar al derecho en una época prelangdelliana, proceso de negación de una teoría general de derecho, que permitirá vaciar las nociones de contenido jurídico, para llenarlas de conceptos derivados de la economía, la política y la sociología. Sin embargo, ello no ha impedido que uno de sus expositores, Llewellyn, participe como redactor del Uniform Commercial Code. Mas su actuación provocará múltiples roces, que tendrán por resultado la redacción final de un código, que no satisfará mayormente, y que será el fruto de una transacción entre los redactores.

*"The result both in the legal mind and in the popular mind, is the deeply held belief that law is an engine for curbing our social ills through an enforced adherence to predetermined patterns of behavior".<sup>7</sup>*

De ahí en más, el derecho norteamericano ha quedado encerrado en los hechos,

*"...hábito que la ciencia ha contraído en los tiempos modernos. Y (que) en ninguna parte el desconocimiento deliberado de las causas finales ha sido tan lamentable como en la Ciencia del Derecho".<sup>8</sup>*

### 3. EVOLUCIÓN IUSFILOSÓFICA DEL DERECHO CONTRACTUAL

3. 1. *Dos posiciones*: El contrato puede ser observado desde dos posiciones iusfilosóficas, que le han servido de base a lo largo de su formación: la primera es la filosofía utilitarista, dominante a lo largo del siglo XIX, junto al positivismo de Comte; la segunda corresponde al realismo jurídico y a la jurisprudencia sociológica, que conforma la figura del contrato durante este siglo. Sin embargo, ambas se resuelven en un *anti-formalismo* y un *antifinalismo*, que provocarán las preguntas expuestas en la Introducción. Corresponde ahora desarrollar la génesis iusfilosófica.

3. 2. *El individualismo jurídico y sus consecuencias*: La idea de los derechos del hombre tiene una larga data en el pensamiento europeo. La concepción de unos derechos anteriores al ordenamiento estadual, los cuales se identifican con las libertades del hombre primitivo, encierra una carga de subjetivismo que vaciará al derecho de su contenido de justicia, convirtiéndolo en un *poder de acción*. De este modo el derecho como facultad o poder de acción reconocerá como fuente la autonomía de la voluntad individual, cuyo ejercicio estará garantizado por una mínima intervención estatal y fundamentado en la doctrina del derecho natural subjetivo.

Esta falsa idea del derecho natural de *Grocio* y de *Hobbes* se actualiza como consecuencia de la Revolución Francesa, revolución que no causará problemas dentro de Inglaterra, debido a que su clase dirigente ya estaba imbuida por la idea de un derecho natural racional, por la influencia de *Hobbes* y de *Locke*, de ahí que el único aporte nuevo que podía recibir de la Revolución

<sup>7</sup> GILMORE, ob. cit., p. 109.

<sup>8</sup> MICHEL VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, trad. por Diorki, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1979, p. 201.

Francesa, la codificación, no se acepta, a pesar de los esfuerzos de Bentham en tal sentido.

Lo anterior no evita ni es obstáculo para que, tanto el derecho continental como el *common law*, confluyan en una misma fuente para la solución de los conflictos jurídicos: la afirmación del valor del individuo y el descubrimiento de su voluntad individual; entonces ¿cuál es el fin del derecho?

Si el derecho es un poder para actuar, ese poder es el mejor instrumento para defender los intereses propios, por lo tanto el derecho deberá proteger el ejercicio autónomo y libre de ese poder, porque su existencia no depende del estado, el cual sólo lo reconoce, entonces el fin del derecho será lograr la felicidad del mayor número de individuos a través del más amplio y garantizado ejercicio de sus facultades. Por ello la norma será válida en tanto sea útil, porque la utilidad será la guía para determinar cuándo una norma es *lícita* o *right*, o *ilícita* o *wrong*. Tal tesis expresada por Bentham y desarrollada por Austin, refleja el pragmatismo inglés de *Cumberland*, y de *Hume*, de ahí que la afirmación de las libertades individuales no haya sido extraña al pensamiento inglés, así como no lo será posteriormente para la doctrina norteamericana.

En suma, la tarea del derecho es obtener el máximo bienestar, bienestar que es la suma de todos los intereses de los individuos, en consecuencia la función de los tribunales será proteger las actividades de los individuos de la injerencia estatal. Luego, las normas serán medidas en razón de su utilidad, y no en función de su justicia; situación que favorecerá una amplia libertad contractual y una desmesurada exaltación de la propiedad privada, símbolo externo del éxito en los negocios, o sea del ejercicio amplio de la libertad contractual.

3. 3. *La libertad contractual*: El ejercicio de la libertad contractual va a ser el correlato, dentro del campo jurídico, de la idea de libertad. Si el contrato es un acuerdo entre dos promesas efectuadas libre y espontáneamente y en un pie de igualdad, la función judicial se limitará a reforzar esa obligación, constriñendo al cumplimiento exacto de lo pactado,<sup>9</sup> ya que tal ha sido la voluntad de las partes por eso lo esencial en el contrato es la *adequatio voluntatis*. "Si existe algo que el orden público requiere más que ninguna otra cosa es que los hombres mayores de edad y de sano entendimiento gocen de la máxima libertad de contratar y que tales contratos se hagan cumplir por los tribunales de justicia", dirá Sir George Jessel.<sup>10</sup>

Esta libertad contractual hallará terreno fértil en los Estados Unidos, donde se revelará como la mejor herramienta para las necesidades de la expansión territorial y la afirmación de todas las oportunidades que los individuos poseerán en orden a una mejor acción de sus facultades. El utilitarismo crece junto a la

---

<sup>9</sup> Recuérdese la obra de SHAKESPEARE, *El Mercader de Venecia*.

<sup>10</sup> Cit. por POUND en *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. por F. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1972, p. 195.

expansión, tan acorde con la mentalidad mercantilista que el gobierno protegerá dando amplio margen a la autonomía de la voluntad.

Los colonos podrán usar de su libertad de decisión para la concreción de sus fines comerciales, a la libertad de acción le corresponderá la libertad contractual, en suma, el siglo XIX será denominado como el siglo del contrato. A la protección jurisdiccional le seguirá la protección constitucional, luego de que la Corte Suprema de los Estados Unidos *in re Allgeyer v. Louisiana*, puntualice que, a todo ciudadano lo ampara el derecho de entrar en todos los contratos que le sean propios, necesarios y esenciales, y a ello tiende la Enmienda XIV, que ampara el debido proceso.<sup>11</sup>

El contrato pasa a ser el índice para medir el progreso social, "*contracts mark the progress of communities in civilization and prosperity*", expresa la Corte en un fallo de 1878, en total armonía con las ideas de *Spencer*. Pero este sistema de *hands-off* no podía continuar; el ejercicio libre de los poderes de acción en los negocios, intercambios y promesas, si bien fue un poderoso incentivo para la explotación de los recursos naturales, también lo fue para la explotación de la otra parte contratante; si el sistema creció amparado por el *laissez-faire* del dogma liberal, los tribunales no corrigieron los abusos y ciñéndose a una exagerada defensa de la propiedad privada y la libertad contractual, creyeron responder a las necesidades del momento. Era un derecho en desarrollo, como decía *Dewey*, y a ello contribuían lo político, lo social y lo económico. Pero las condiciones que imponía la realidad separaron a ésta de la labor jurisdiccional, por eso el esfuerzo de Holmes de acercar la libertad a los jueces, "*the traditional bias of liberal theory... made a sort of nonsense when you had to factor the railroads, the Standard Oil Trust, and United States Steel into the equation*",<sup>12</sup> y el *justice Frankfurter* escribía acerca de este divorcio, "*the industrial history... demonstrated the helplessness of the individual employée to achieve human dignity in a society so largely affected by technological advances*". Es el momento en que el estado debe intervenir.

3. 4. *El intervencionismo estatal en el siglo XX*: Las relaciones laborales dieron la alerta a los tribunales, la igualdad en este campo no existía, las condiciones en que se pactaba eran el fruto de una voluntad predisponente, que obligaba a la aceptación de las condiciones en términos de *take-it-or-leave-it*. Esto indicó al estado la necesidad de intervenir para reparar las injustas desigual-

---

<sup>11</sup> Dice lo siguiente: Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sujetas a su jurisdicción, serán ciudadanos de los Estados Unidos y... ningún Estado podrá sancionar o poner en vigor ley alguna que menoscabe los privilegios e inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni ningún Estado podrá privar a persona alguna de su vida, libertad y propiedad sin el debido proceso legal; ni podrá negar a persona alguna bajo su jurisdicción la igual protección de las leyes.

<sup>12</sup> GILMORE, ob. cit., p. 66.

dades entre las partes contratantes. Ahora se evidenciaba la ficción de suponer que el contrato era celebrado entre dos voluntades que intervenían en un pie de igualdad y libertad, porque como expresa *Villey*, "no se puede, a la vez, exaltar la propiedad absoluta, la libertad, el «derecho subjetivo», intentar aumentar hasta el infinito la riqueza de uno y, al mismo tiempo, la de otro; modelar el Derecho, como lo han hecho los constructores del derecho moderno, en torno a la idea de individuo, de la naturaleza del hombre individual, y permitirse el lujo de prometer el beneficio a todos".<sup>13</sup>

Los contratos laborales no permitían una libertad de decisión, los jueces que poco antes habían sostenido la libertad contractual, hubieron de restringirla, la sociedad estaba creando condiciones de equilibrio precario. Sin embargo la Corte aún "*dealt with problems of contract in the industrial society as if the parties were two neighbors bargaining in the rural community of an earlier day*".<sup>14</sup> Hasta que los tribunales señalaron, "*there is a grim irony in speaking of the freedom of contract of those who, because of their economic necessities give their services for less than is needful to keep body and soul together*".<sup>15</sup> Se exige razonabilidad en los términos fijados por las partes contratantes, comienza la búsqueda de equiparación de las condiciones, y se inicia el rechazo de cobertura legal a una obligación que no haya sido libremente consentida. Del mismo las *usury laws* tienden a reconciliar las posiciones de los prestamistas y los prestatarios.

3. 5. *La influencia del realismo jurídico*: Las tendencias humanitarias, dice Roscoe Pound, no hallan su fundamento en razones éticas, sino en una adecuación de la ley a los hechos observados, es decir, en una nueva interpretación de los presupuestos jurídicos a la luz de las orientaciones de política social (*public policy*). Esta tendencia origina el sociologismo, a la pérdida del carácter individualista del derecho norteamericano, le sucede en su lugar, un paso al primer plano de la vida jurídica de las masas populares y de sus intereses, idea que no es sino la puesta al día del utilitarismo de Bentham.

Por lo tanto, los postulados de la ciencia jurídica serán el fruto de las exigencias sociales, y no de la tradición jurídica (Holmes), la vida del derecho es la experiencia dirá Holmes. En consecuencia, el contrato será analizado desde el prisma de los datos sociales. Esta *jurisprudencia sociológica* va a ampliar las facultades discrecionales del juez, librándolo del peso de los precedentes, y sustrayendo a la noción del derecho su estabilidad, el derecho se convierte en *a thing going on* (Holmes). En consecuencia, los fines del derecho serán extrajurídicos, la construcción de un edificio donde sean satisfechas las aspiraciones humanas, por obra de una ingeniería social, cuyo equilibrio

---

<sup>13</sup> Ob. cit., p. 75.

<sup>14</sup> SCHWARTZ, ob. cit.

<sup>15</sup> Id., ob. cit.

resida en la satisfacción del mayor número de intereses, o sea el logro del *welfare-state* (Cardozo).

Análogamente surge el *realismo jurídico*. Iniciado por *Llewellyn*, este movimiento heterogéneo apelará a todas las ciencias sociales para hallar el fin del derecho. Conforme a tales instrumentos, *Jerome Frank*, se valdrá de la psicología para desarraigar la noción de certeza en el derecho, porque tal idea es expresión de una mente infantil que busca la protección del padre-juez, como la busca el niño en su padre, entonces la solución es reconocer que la decisión judicial es obra de las *intuiciones*, de los estudios sociales y del contacto permanente con la opinión pública, por eso no pueden existir normas de validez permanente, porque siempre antes de dictar sentencia, el juez se deberá interrogar, "¿qué cosa es buena para nuestra sociedad?" (*Pekelis*). Luego no es posible continuar hablando de certeza y estabilidad en el derecho.

Con lo cual tal razonamiento, en el ámbito contractual, conduce a los contratos a ser valorados en mérito al interés que la comunidad tenga de ellos, por eso muchos contratos serán obligatorios, no por razones individuales, sino por razones sociales de conveniencia y lealtad; de ahí, que el juez que entienda en los conflictos planteados por los contratos, se sienta libre para decidir, y no se halle atado por el *stare decisis*, en conclusión, a la decisión judicial le corresponderá determinar cuándo debe desprenderse de los precedentes.

De acuerdo con lo precedentemente explicado, al abogado le incumbe estudiar los comportamientos de los jueces, por medio de la ciencia jurídica, la cual le proporcionará técnicas de previsión de esos comportamientos.<sup>16</sup>

En resumen, la libertad contractual considerada como una *rule of law* cede su lugar a la valoración social de los contratos; así como la filosofía utilitarista fue la base iusfilosófica del derecho contractual durante el siglo pasado, la filosofía social y el sociologismo se convierten en sus bases actuales. Remedio ineficaz y tentativa simplista para solucionar los problemas jurídicos del mundo contemporáneo, tentativa teñida de inseguridad, que no hace sino trasladar las inseguridades del hombre moderno al campo del derecho, inseguridad que no favorece a la función judicial, donde debe reinar el *stare decisis*, ni a los negocios jurídicos, donde debe reinar certeza en el derecho devengado.

#### 4. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTRATO

4. 1. *La labor de los jueces*: La doctrina del *common law* es obra de la labor jurisdiccional, porque son los jueces los encargados de dar contenido a

---

<sup>16</sup> Se busca conocer las leyes que rigen el comportamiento de los jueces para dirigir la acción del abogado. Cfr. la retórica sofista.

Las instituciones jurídicas, por eso tanto el derecho inglés como el norteamericano, sigue siendo el derecho de los jueces. El conjunto de las sentencias producirá, entonces, un cuerpo de doctrina que ligará a los jueces por la serie de precedentes acerca del tema objeto de su conocimiento, a decidir en casos semejantes de una manera semejante (Merriman).

4. 2. *Acerca del contrato*: La definición que se ha formado es la siguiente, aunque no la única (*the difficulty of definition arises from the diversity of the expressions of assent which may properly be denominated contracts and from the various perspectives from which their formation and consequences may be viewed*, dicen Calamari y Perillo).<sup>17</sup> Se ha entendido por contrato:

*"An agreement upon a sufficient consideration to do, or refrain from doing a particular lawful thing"* (in re Central R. Co. v. Mauser 241 PA 603; Ogden v. Saunders 12 WHEAT (US) 213; Mc. Craw v. Llewellyn 258 NC 213).

El primer aspecto a destacar es que la jurisprudencia acentúa la idea de que es un acuerdo reforzado legalmente, que es una "transacción en la cual cada parte se toma una obligación con respecto a la otra, y cada una recíprocamente adquiere un derecho a lo que es prometido por la otra" (Hancock v. Yaden 121 IND 366), el acuerdo vinculante lo es tal por la observancia de las formas debidas, de ahí que se haya aseverado que, "un acuerdo debe ser hecho por personas capaces que puedan expresar su asentimiento definitivo en las formas requeridas por la ley", lo cual no excluye otros contratos obligatorios como los "parol contracts".

En segundo lugar, la base del acuerdo son dos promesas mutuas, o sea, la *mutuality*, la cual crea deberes (*duties*) para las partes; por último, nos hallamos con la *consideration*, y es aquí donde surgen los mayores problemas, ya que como lo reconoció Pound, ni la doctrina si los tribunales están de acuerdo en cuanto a su definición, hasta el punto que el English Law Revision Committee recomendó su abolición. Sin embargo, a modo de explicación nos ceñiremos a la definición comúnmente admitida, tanto por el derecho inglés como por el derecho norteamericano:

*"consideration is defined as some right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other"* (Currie v. Misa [1875] L.R. 10. Ex. 162-Inglaterra; Becker v. Colonial Life Ins. Co. 153 App Div. 382, 138 NYS491; Wells v. Hartford Accident & Indem. Co., 459 S.W. 2d 253).

La primera aproximación al tema nos conduce a efectuar una comparación con nuestro sistema civilista, y a asemejar la consideración a la noción de causa,

---

<sup>17</sup> JOHN CALAMARI y JOSEPH PERILLO, *The Law of Contracts*, USA, St. Paul Minn, West Publishing Co., 1977, p. 1.

sin embargo ello ya fue desechado por Holmes,<sup>18</sup> en consecuencia creemos que podría hablarse de contraprestación, que englobe el detrimento legal por el cual se intercambia o negocia una promesa (Baehr v. Penn-O-Tex Oil Corp, 258 Minn. 533, 104 N.W. 2d 661) como así también a la noción de causa de nuestro derecho y ello por lo siguiente, si observamos que las promesas debían ser mutuas y que la prestación de una era el motivo de la prestación de otra, ello era esencial en orden a la existencia del contrato, de ahí que la presencia de una contraprestación sirva de prueba de un contrato, y los tribunales puedan haber estimado que, "*mutual promises are generally held to be sufficient consideration for each other*" (Heckard v. Park 164 KAN 216); y agregue, "*the consideration necessary to establish a VALID CONTRACT, express or implied in fact, must be an ACT, a FORBEARANCE, or a RETURN PROMISE, bargained for and given in exchange for the promise*" (las versalitas son nuestras). Por lo tanto, la consideración es más que un motivo y contiene, en su esencia, una mayor amplitud que el término causa, lo cual no quita que continúe siendo su definición una tarea imposible.

Por tanto, el contrato se resume en dos elementos importantes, un acuerdo realizado bajo las formas legales y la existencia de una consideración, por eso el contrato "no es una ley, es un acuerdo más la ley, aquello que hace que los contratos ordinarios sean una obligación reforzada" (Cederstrand v. Lutheran Brotherhood 263 MINN 520). "Resulta claro que el contrato no deriva su fuerza obligatoria de la promesa independientemente de la ley existente" (Hancock V. Yade 121 IND 366), y que para que haya acuerdo debe existir una consideración porque ésta es al derecho norteamericano lo que el sello es al derecho inglés (Pound).

4.3. *La aplicación del Uniform Commercial Code*: Como consecuencia de las necesidades comerciales de los últimos tiempos, y por la concurrencia de prácticas ilícitas dentro de los negocios, la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws promovió la redacción de un código uniforme con el objeto de reunir todo el material disperso acerca del derecho comercial y hacer frente a las actividades ilícitas que se estaban observando. De esta manera, en 1952 se aprueba su redacción y, entre 1957 y 1967, se promulga por los diferentes estados. Sin embargo, para poder apreciar su valor y fuerza vinculatoria hay que tener en cuenta que los jueces quedan sujetos a su discreción en sus facultades decisorias. Por otra parte la tradición jurídica es reacia a la codificación, mas estas consideraciones nos dan una cabal idea de que el Código se aplica, pero está sujeto, en primer lugar, a las reformas de las legislaturas locales y, en segundo lugar, a los comentarios al mismo, los cuales han demostrado ser valiosos para la actividad judicial, con lo cual su aplicación es el fruto de una modernización de la teoría tradicional del contrato, que sigue prevaleciendo en caso de silencio por parte del Código. En la práctica, el Código no ha satisfecho las expectativas, sea por el uso de términos indefinidos,

---

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 256.

como por el conservadorismo de algunos de sus conceptos y; como señalamos anteriormente, las reformas efectuadas por las legislaturas locales no han favorecido la uniformidad que se pretendía con su promulgación. Pese a todo la intervención estatal salvó el principio de la libertad contractual, pero dejó al contrato sin una base teórica que lo soporte para "*summon us back to the paths of righteousness, discipline, order, and well-articulated theory*".<sup>19</sup>

## 5. CONCLUSIÓN

El presente tema nos ha hecho ver un problema que, como estimamos en la introducción, es de fundamental importancia en nuestros días, el tema de los fines del derecho, dentro del cual se contiene el aspecto de la desnaturalización de la figura contractual.

Hemos visto que, durante el siglo pasado, el contrato sirvió como instrumento al servicio de la expansión territorial y el progreso social, hasta el punto que lo expresado por lo Brooks Adams no permite otra interpretación: "*american civilization is based upon the theory of freedom of contract*",<sup>20</sup> sean instrumentos negociables compraventas, locaciones, seguros o contratos bancarios, las formas que adopte el contrato para satisfacer las expectativas de colonos y comerciantes, el consentimiento de los contratantes se ubica en un primer plano, dentro de los elementos del contrato, es la *sovereignty of the individual will*. La justicia contractual se configura a partir de una ficción, por la cual se cree que ambas partes contratan en un pie de igualdad a partir de una libre voluntad. No interesa que lo pactado sea un abuso, los pactos nacen para cumplirse estrictamente, por ello el siglo XIX es la exaltación de la propiedad individual y la libertad contractual.

Pese a todo, esta concepción refleja los sentimientos de la sociedad americana, que se hallaba en plena expansión, de ahí que el contexto conforme a un derecho con fines extrajurídicos, satisfacer las necesidades del individuo y garantizarle un pleno ejercicio de sus derechos-libertades; el contrato podrá obtener "la libertad de industria... como otros tantos derechos individuales, además del libre ejercicio de las potencias de cada individuo, como un aspecto de su personalidad".<sup>21</sup>

La libertad, convertida en axioma, no permite en la práctica el logro de los fines deseados, los abusos son frecuentes bajo el amparo del principio del cumplimiento estricto de las condiciones de los contratos y de la buena fe que los preside. En tanto los jueces son reacios a los cambios, las legislaturas locales comienzan una labor correctora. A la crisis de la libertad contractual le sucede una puesta en duda de la facultad creadora de derecho de los jueces.

<sup>19</sup> GILMORE, ob. cit., p. 107.

<sup>20</sup> Cit. por SCHWARTZ.

<sup>21</sup> POUND, ob. cit., p. 141.

Si la libertad contractual había sido objeto de una inclusión tácita en la Enmienda XIV, ahora se cuestionaba su amplitud; si los jueces habían asumido la tarea de responder a todos los problemas creando derecho por "inexistencia" de una tarea legislativa al efecto, ahora sobrevénia la concepción de que los jueces eran aplicadores de derecho legislado. Entonces se forma la idea de que el contrato, es un producto de la sociedad en un momento determinado, es decir, que su delimitación es fruto de las aspiraciones, no de los individuos, sino de la comunidad; y las aspiraciones sociales demandaban una urgente intervención estatal y una actividad legislativa acorde.

Por esta razón, dice Gilmore, jueces y abogados se transformarán en científicos sociales; la jurisprudencia apelará a los estudios sociales como a una mejor guía para sus decisiones. La justicia contractual se centrará en la valoración social de cada contrato, entonces si anteriormente se había hecho un culto a la estabilidad, ahora se hacía lo mismo con la noción de derecho en formación. Planteos nuevos para el derecho que nos llevan a la siguiente pregunta, este derecho ¿sigue siendo derecho? o, tal vez, pueda ser posible que sin su fin específico pueda sobrevivir a las continuas mudanzas de la sociedad, en consecuencia ¿hasta qué punto la adhesión a las filosofías de moda no ha acreado la muerte de los fines del derecho?

Si se desconocen los fines del derecho, es imposible hablar de justicia contractual; si el derecho se apoya en los hechos, la búsqueda de lo justo se convierte en una *ingeniería social*, tal como propugnaba Pound, se convierte en una construcción racional de la felicidad, pero si los hombres no están de acuerdo en qué consiste la felicidad, ¿en qué medida tal base dará por resultado un edificio estable?

Lo justo no puede quedar al arbitrio de la sociedad, porque a cada cambio de mentalidad sobrevendrá una crisis de derecho, además "esta oleada de sociologismo puede llevar al Derecho a su perdición; pasividad del jurista ante las costumbres, adecuación del Derecho a los hechos; llevado este proceso a sus límites, significaría el final del Derecho".<sup>22</sup> En definitiva, el sistema jurídico norteamericano ha construido un derecho con fines no jurídicos, prefiriendo los elementos sociales y políticos antes que jurídicos, sin que por ello haya mejorado, al contrario, ha caído en una gran inestabilidad en cuanto a sus fines, que la aleja de ser una respuesta a las necesidades de la sociedad. Y en cuanto al contrato, no siendo una *adequatio rei* se desarrolla en una forma desnaturalizada, bajo los principios de la eficiencia económica y las necesidades del comercio. Desde esta perspectiva, cabe hablar de una crisis del contrato, no porque haya perdido vigencia o desaparezca, sino por cuanto ha perdido el conocimiento de su fin.

---

<sup>22</sup> VILLEY, ob. cit., p. 223. Véase: American Jurisprudence, vol. 15a 2d. Supplement July 1983; vol. 17 2d. Supplement July 1983.

¿Tendrá solución esta crisis? Sí, si se vuelve a los principios de la filosofía realista, si se vuelve a considerar el *to dikaion*, si se retoma el *sum cuique tribuere*, y se valora la *res iusta* de Santo Tomás, porque como dice un autor contemporáneo, "las cosas más nuevas son aquellas que se han olvidado" (André Frossard).

JOSÉ MARÍA MONZÓN

## LA ADOPCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN. I. *Jurisdicción internacional competente.* — II. *Derecho aplicable a la constitución de una adopción multinacional y a sus efectos:* 1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA (ANTECEDENTES Y DERECHO POSITIVO VIGENTE). 2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNACIONAL. 3. SOLUCIONES DOCTRINARIAS Y LEGISLATIVAS. ESTUDIO COMPARATIVO: A) Aplicación de un solo derecho: A.1. Predominio de la ley personal del adoptante. A.2. Predominio de la ley personal del adoptado. B) Aplicación de una pluralidad de derechos: B.1. Sistema acumulativo. B.2. Sistema distributivo. C) Sistema de los países del *common law*. D) Normas convencionales internacionales. E) Urgencia latinoamericana. — III. *La adopción internacional y el derecho sucesorio.* — IV. *Conclusiones.*

### INTRODUCCIÓN

Son complejas las cuestiones de Derecho Internacional Privado que surgen con motivo de una relación adopcional. Podríamos comenzar por el arduo tema de las calificaciones: ¿qué entienden por adopción los sistemas jurídicos nacionales? En los distintos ordenamientos ¿podemos encontrar puntos comunes que nos permitan elaborar un concepto amplio, que abarque la variedad de situaciones fácticas descriptas en los tipos legales de las normas nacionales?

El problema nace de la naturaleza misma del instituto: la creación por virtualidad de la ley de un vínculo no sustentado por el hecho biológico de la procreación. En la evolución histórica de la adopción, especialmente en este siglo y sobre todo después de la segunda guerra mundial, se ha clarificado la finalidad social del instituto y su encuadramiento dentro del derecho de familia. Esta noción, que no es uniforme pero que constituye uno de los pilares del presente trabajo,<sup>1</sup> nos pone en contacto —como todo lo relacionado con el derecho de familia— con los principios y valores que sustentan a una comunidad determinada, es decir, el tema del orden público.<sup>2</sup> De esa pluralidad de

<sup>1</sup> Precisamente hemos de reconocer las adopciones que nos presenta el derecho comparado y favorecer la adaptación por sustitución (p. 34) sobre la base de lo que podríamos llamar "calificación por la finalidad": creación de un vínculo legal que emplaza al adoptado en el estado familiar de hijo. "*Pour comparer les institutions de deux pays on s'attachera non à leur dénomination ou à leur classification dans une catégorie juridique, mais à la fonction qu'elles remplissent*". HENRI BATIFFOL, *Aspects philosophiques de DIPr*, París, 1956, p. 44.

<sup>2</sup> La concepción del orden público internacional como conjunto de principios —cuya funcionalidad conduce a la imitación del derecho extranjero, llamado por nuestra norma de DIPr, y eventualmente a su exclusión *a posteriori* si conculca los principios fundamentales del propio orden jurídico (W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, Depalma, 1982, 4ª ed. p. 152, nº 149— es recogida en el art. 5º de la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, 1979): "La ley declarada aplicable por una Convención de DIPr podrá no ser aplicada en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

principios se desprende la variedad de tratamientos que los derechos materiales reservan a la adopción y la dificultad de hallar una base mínima uniforme que facilite las cuestiones de DIPr.

Parece más factible hallar conformidad en sistemas de normas de conflicto que en soluciones de fondo.<sup>3</sup> No obstante, una de las premisas que aquí se sostendrán será la insuficiencia de conformarnos con la más "justa elección" del derecho aplicable y la necesidad de aplicar el método comparativo material con el fin de llegar a la solución de fondo que cumpla más adecuadamente la finalidad social del instituto.

No creemos que, en los casos con elementos extranjeros, la finalidad primordial sea constituir el mayor número posible de adopciones, sino la de respetar la naturaleza multinacional del caso y constituir, cuando así convenga al beneficio del menor,<sup>4</sup> un vínculo estable y duradero, a salvo en la medida de lo posible, de resultados claudicantes.

Un caso originariamente interno (absolutamente nacional) puede convertirse en multinacional por desplazamiento de las partes a un domicilio extranjero cuyo derecho puede desconocer la relación creada por el anterior sistema jurídico.

El caso puede ser internacional desde su origen —absolutamente internacional según la clasificación de Jitta<sup>5</sup>— y, por su residencia en ambas partes en el territorio de la República, exigir para su solución conductas que se desenvuelvan solamente dentro de un mismo ámbito nacional. No obstante, el desconocimiento de los elementos extranjeros y de las exigencias de los distintos ordenamientos jurídicos conectados, puede transformar un emplazamiento de "larga duración" como la adopción en una relación frustrada. Sin pretender agotar los supuestos, aun pueden presentarse casos que, para la efectividad de la solución, requieran conductas a llevarse a cabo en distintos sistemas jurídicos nacionales —casos multinacionales totales según clasificación del doctor Antonio Boggiano—<sup>6</sup>. Podemos preguntarnos: ¿es que no hay suficientes niños huérfanos y carenciados en el propio país para necesitar adoptar un niño domiciliado en el extranjero? (e igualmente respecto de niños domiciliados en la República que pretendan ser adoptados por matrimonios —consideramos un ejemplo típico— domiciliados en el extranjero). Sin embargo, las situaciones de hecho que llevan a peticionar la constitución de una adopción son mucho más ricas que

<sup>3</sup> Paradójicamente, ha corrido peor suerte la Convención de La Haya, de 1965, sobre "Autoridad competente, derecho aplicable y reconocimiento de adopciones multinacionales" que la "Convención europea en materia de adopción de menores", abierta a la firma en Strasburgo, en 1967.

<sup>4</sup> Entre los argumentos sostenidos en la Sesión de la Conferencia de La Haya de DIPr que elaboró el Proyecto de Convención, abierto a la firma en 1965, se manifestó: "*La Commission s'est laissée guider par le principe proclamé vigoureusement à de nombreuses occasions par les organisations sociales, qu'une adoption internationale ne doit avoir lieu que si elle est dans l'intérêt le mieux compris de l'enfant*". Actes et documents de la Xème Session, II, La Haya, 1965, p. 414, citada por Angelo Davì, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, I, Publicación del Instituto de Derecho Internacional de la Universidad de Roma, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, p. 96, nota 41.

<sup>5</sup> WERNER GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 9, n<sup>o</sup> 11.

<sup>6</sup> ANTONIO BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 6.

las previsiones normativas y todo intento de simplificar la compleja realidad nos expone a frustrar la aspiración a la justicia.<sup>7</sup>

Nuestro Derecho Internacional Privado de fuente interna simplifica el problema sometiendo a la *lex fori* toda adopción que se otorgue por tribunales nacionales y reduciendo el campo del DIPr al reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero (art. 32, ley 19.134). Creemos que ello no es necesario para cumplir adecuadamente la protección de nuestros menores. Por el contrario, los expone a mayores peligros al enfrentar, por ejemplo, a los países de tradición continental que suelen exigir el respeto de la propia norma de conflicto como condición del reconocimiento de la adopción extranjera.

De allí la permanente interrelación de los tres problemas básicos: competencia jurisdiccional, derecho aplicable (a la constitución de la relación y a sus efectos) y reconocimiento de una adopción por parte de un sistema jurídico distinto del que gobernó su creación.

El acento fundamental lo hemos puesto en el tratamiento de la parte II. En los puntos 1 y 2 recogemos soluciones aportadas en distintas épocas por normas internas e internacionales, y opiniones doctrinarias a las que, tal vez, podamos incorporar alguna interpretación de cierta utilidad para los casos que caen bajo sus respectivos ámbitos de aplicación (vgr., art. 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional, de Montevideo, de 1940).

Nos ha parecido imprescindible un estudio comparativo de los sistemas de DIPr extranjeros sobre la materia, con el fin de ampliar nuestro panorama con las tendencias dominantes y estimular la búsqueda de soluciones creativas, propias, que ayuden a alcanzar la finalidad perseguida (punto II, 3).

Las normas, y con mayor razón las que regulan cuestiones de familia, no deben encerrarnos en moldes rígidos,<sup>8</sup> sino ser lo suficientemente generales como para permitir al que las aplica la adaptación al caso concreto, y proporcionar a la vez orientaciones claras, para garantizar la posibilidad de previsión por las partes interesadas.

Finalmente, esbozamos algunas sugerencias cuyas inspiraciones pueden encontrarse a lo largo del trabajo.

### I. *Jurisdicción internacional competente*

La ley 19.134 contiene una norma de competencia territorial interna: art. 10, inc. a), que determina que en el proceso de adopción es competente tanto el juez del domicilio del adoptante como el del lugar donde se otorgó la guarda del menor.

<sup>7</sup> ANTONIO BOGGIANO, *Del Viejo al Nuevo Derecho Internacional Privado mediante la cooperación de las organizaciones internacionales*, Buenos Aires, Depalma, 1981, p. 78.

<sup>8</sup> RODOLFO DE NOVA, "Adoption in comparative private international law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Privé de La Haye*, t. 104, p. 153: "Private International law needs careful and supple handling, the more so as conflicts rules are apt to be cast in somewhat rigid moulds, while the situations that call for them are often highly complicated".

El doctor Víctor Guerrero Leconte, en la actualización de la obra de Podetti,<sup>9</sup> sostiene que en el juicio de adopción se da primacía al “fuero instrumental” sobre el fuero personal del principal interesado, que es en este caso el adoptado.

Con referencia a la norma del art. 10, inc. a), se sostiene: “La norma en examen ha establecido una opción en cabeza del adoptante, que en caso de cambiar de domicilio *a posteriori* de conferida la guarda, podrá valorar si le resulta más práctico iniciar la acción ante uno u otro juez”.<sup>10</sup> Esta solución se refiere a casos absolutamente internos y no nos parece satisfactoria para fijar la jurisdicción en casos con elementos extranjeros.

Sostiene el doctor Guastavino: “La facultad del poder legislativo de la Nación para establecer las pautas de la jurisdicción internacional se ejerce, como es sabido, mediante dos categorías de normas:

a) Las contenidas en tratados internacionales como, por ejemplo, los artículos 56 y ss. de los Tratados de Derecho Civil Internacional, de Montevideo, de 1889 y de 1940;

b) Las contenidas en el derecho nacional interno (...). Ambas categorías de normas sobre jurisdicción internacional han de interpretarse sistemáticamente. Ello se logra distinguiendo las esferas de su respectiva aplicación y, asimismo, supliendo las omisiones de cada categoría con el auxilio recíproco de la otra, en razón de la interpretación analógica autorizada por el Código Civil, art. 16”.<sup>11</sup>

En ambos Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo, dice la primera parte del art. 56: “Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio”, es decir, admite el principio de derivar una norma de jurisdicción internacional de la norma indirecta que determina el derecho aplicable. Si la aplicación de determinado derecho material es indicio bastante para atribuir jurisdicción al foro cuyo derecho resulta aplicable, de la norma indirecta del art. 32 de la ley 19.134 puede deducirse una norma de jurisdicción internacional que, en las adopciones conferidas en el extranjero, atribuye competencia al juez del domicilio del adoptado.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> RAMIRO PODETTI, *Tratado de la competencia*, actualizado por Víctor Guerrero Leconte, 2ª ed., 1973, vol. 1, p. 500.

<sup>10</sup> *Código Civil y leyes complementarias; comentado, anotado y concordado*. Dirigido por el doctor Belluscio y coordinado por el doctor Zannoni, t. II, p. 446 (ed. 1979).

<sup>11</sup> ELÍAS P. GUASTAVINO, “Jurisdicción internacional en litigios matrimoniales”, LL, t. 12 —sec. prov.— pp. 7-9 y ss.

<sup>12</sup> “¿Será posible justificar un paralelismo en la elección del derecho aplicable y del juez competente? ¿es razonable atribuir jurisdicción internacional a los jueces del país cuyo derecho se elige para solucionar el caso? Este interrogante no debe confundirse con otra cuestión estrictamente vinculada a él, pero diametralmente opuesta, a saber, si también resulta justificado excluir la jurisdicción internacional de los jueces de un país en razón de no ser aplicable al caso el derecho de ese país”. “Ello equivaldría a excluir radicalmente la posibilidad de aplicación de leyes extranjeras por los jueces nacionales”. A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 67 y la aplicación de este principio en materia de adopción, pp. 291 y 292.

Sin embargo, aun derivando tal norma, las previsiones del art. 32 resultan insuficientes pues sólo contemplan las “adopciones conferidas en el extranjero”. ¿Cuándo se confiere en el país una adopción internacional? ¿Cuándo son competentes los jueces argentinos?

De las combinaciones de los artículos 32 y 10 de la ley 19.134, los autores,<sup>13</sup> establecen la conveniencia de exigir el domicilio del adoptado (como lo requiere el art. 32 para los casos de adopciones conferidas en el extranjero) o el domicilio del adoptante (conforme al art. 10, inc. a).

Al respecto, sostiene el doctor Boggiano: “Existe concurrencia alternativa de jurisdicción internacional de los domicilios del adoptado y adoptante, sea que ellos se radiquen en la Argentina o fuera de ella. En cualquiera de ambos puede iniciarse el proceso de adopción en las condiciones de derecho antes expuestas”.<sup>14</sup>

Es decir, aplicando el derecho del domicilio del adoptado.

Según esta postura el juez argentino *no* debe aplicar necesariamente su *lex fori* sino “el derecho del domicilio del adoptado” (en su integridad sistemática, incluyendo las normas de conflicto del derecho del domicilio del adoptado, que pueden reenviarlo a la *lex civilis fori* o determinar la aplicación de un derecho extranjero).

No obstante, la opinión mayoritaria identifica competencia de juez argentino con aplicación de derecho argentino, dando al caso con elementos extranjeros el mismo tratamiento que a los casos absolutamente nacionales.

Sostiene el doctor W. Goldschmidt con respecto al derecho positivo vigente: “Si la adopción se lleva a efecto en la Argentina, se disciplina en virtud del derecho argentino. Pero para que tal cosa ocurra, debe hallarse en la República, o el domicilio del adoptante, o el lugar donde se otorgó la guarda”.<sup>15</sup>

La misma identificación entre derecho aplicable y juez competente, la encontramos en la opinión del doctor Zannoni, aunque con mayor amplitud en cuanto a la exigencia del domicilio de las partes.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> INÉS M. WEINBERG, “La adopción internacional según la ley 19.134”. ED, 38-1069 y ss. Voy a transcribir el párrafo respectivo: “Cuando el artículo se refiere al lugar donde se otorgó la guarda no está con ello haciendo mención del domicilio de ninguna de las partes: los padres pueden haber abandonado al niño en la Argentina teniendo ellos su domicilio en otro país y, por lo tanto, el domicilio derivado del menor está en el exterior. El adoptante, a su vez, puede encontrarse en la Argentina únicamente de paso”. Sin embargo, “como el país no tiene interés en autorizar mediante acto judicial una adopción que migra a otro Estado en que puede resultar inválida, es conveniente interpretar la ley restrictivamente” (p. 1071).

<sup>14</sup> A. BOGGIANO, ob. cit., p. 292.

<sup>15</sup> WERNER GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 347.

<sup>16</sup> EDUARDO ZANNONI, *Derecho de Familia*, Buenos Aires, Astrea, 1981, t. 2, p. 616: (comentario al art. 32, ley 19.134) “...con lo cual debe entenderse que las adopciones acordadas en la República están en todo caso regidas por la ley argentina, aun cuando las partes no hubiesen estado domiciliadas aquí”. Cfr. BELLUSCIO-ZANNONI, *Código Civil y leyes complementarias*..., t. 2, p. 489.

El régimen unificado entre ley aplicable y jurisdicción competente,<sup>17</sup> que algunos autores fundamentan en la concepción de la adopción como "acto de autoridad" y no como mero contrato entre partes homologado por la autoridad interviniente,<sup>18</sup> pone en peligro la finalidad social de la adopción, que la norma procura asegurar.

Al regir por el derecho propio toda constitución de una relación adopcional emitida por nuestros jueces, sin ajustarse a la naturaleza multinacional del caso, la expone al desconocimiento por parte de otros síntomas jurídicos actual o eventualmente conectados.

Con el fin de deslindar el tema de la jurisdicción de la cuestión del "derecho aplicable", proponemos una norma expresa sobre jurisdicción internacional.

En el XI Congreso Panamericano del Niño, celebrado en Caracas, en 1948, se recomendó que la competencia en materia de adopción corresponda a los jueces del domicilio del adoptante. Igual criterio sostuvo el Congreso de Bogotá, de 1949. Sin embargo, la evolución de la finalidad proteccional del instituto de la adopción, manifiesta la conveniencia de otorgar competencia internacional a los jueces del domicilio del adoptado.

En su proyecto de ley sobre "Legitimación adoptiva y adopción",<sup>19</sup> el doctor López del Carril propicia como condición de reconocimiento de validez en la República de adopciones, arrogaciones o legitimaciones adoptivas otorgadas en el extranjero: art. 49, inc. c): "Su otorgamiento lo haya sido por las autoridades judiciales del domicilio real del adoptado". En los fundamentos explicita: "Porque el adoptado merecerá la protección de sus jueces".

El domicilio del adoptado como conexión determinante de la jurisdicción internacional, es también propiciado por el doctor Juan Carlos Smith:<sup>20</sup> "Resulta indudable que la competencia de los jueces del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción se impone como criterio más coherente con la naturaleza positiva de las cosas y el mejor fundamento en el principio del *favor minoris*. Consecuentemente, propone la siguiente norma en su Proyecto de Código de DIPr, art. 264: "La constitución de la adopción por acto jurisdiccional y su revocación, están sometidas a la competencia territorial del juez del lugar donde en ese momento tiene su domicilio la persona adoptada".

Este principio tiene su fundamento en elementales razones de efectividad: difícilmente un juez nacional admitirá el traslado de un niño domiciliado en el propio territorio (la probable desvinculación de su familia de sangre y demás efectos del vínculo adoptivo), en virtud de una sentencia emanada de juez

---

<sup>17</sup> Sistema de los países del *common law* y tendencia manifestada en convenciones internacionales tales como la Convención sobre autoridad competente y ley aplicable en materia de protección de menores, de la Conferencia de La Haya, de 1961, y la Convención sobre autoridad competente, ley aplicable y reconocimiento de adopciones internacionales, de La Haya, de 1965.

<sup>18</sup> Cfr. INÉS M. WEINBERG, ob. cit., p. 1071.

<sup>19</sup> JULIO J. LÓPEZ DEL CARRIL, Boletín de la Biblioteca del Congreso de la Nación nº 107/81, pp. 50 y ss.

<sup>20</sup> JUAN C. SMITH, "Amplitud y límites extraterritoriales de la adopción", LL, 1980-C-363 y 972.

extranjero. Y esto en virtud de la misión proteccional que el Estado ejerce sobre sus menores por intermedio del órgano judicial. "El titular del Patronato es únicamente el juez".<sup>21</sup>

Por otra parte, toda relación adopcional se constituye sobre la base del beneficio del menor, y esta facultad de apreciación del juez está, consciente o inconscientemente inspirada en los principios fundamentales de la organización familiar del propio ordenamiento jurídico y en la concepción de la justicia en la cual el propio juez ha sido formado. (Razón por la cual una apreciación judicial enteramente libre, será introducir subrepticamente el imperio de la *lex fori*).<sup>22</sup>

El principio general para entender en adopciones multinacionales debe ser la competencia de los jueces del domicilio del adoptado. Cuando dicho domicilio se radica en el extranjero, se admitirá la jurisdicción concurrente de los jueces del domicilio del adoptante (o adoptantes), ya se encuentre en la República o en el extranjero, siempre que las normas de jurisdicción internacional del domicilio extranjero del adoptado así lo admitan. Caso contrario, la sentencia no tendrá posibilidades de efectivización.

Cuando el domicilio del adoptado se encuentre en el país al momento de constituir la relación, o aquí se localice el otorgamiento de la guarda, los jueces argentinos deberán tener jurisdicción internacional exclusiva para decidir el caso.

Deslindado el tema del juez competente y protegidos adecuadamente nuestros menores, consideramos inconveniente la identificación entre foro y derecho aplicable.

## II. Derecho aplicable a la constitución de una adopción multinacional y a sus efectos

### 1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA (Antecedentes y derecho positivo vigente)

El Código de Vélez no nos indica el DIPr aplicable a la adopción.<sup>23</sup> Algunos autores, como el doctor Víctor Romero del Prado, consideraba que: "...sean cuales fueran las necesidades actuales de legislación sobre adopción, cuyos

<sup>21</sup> JOSÉ CAFFERATA, *La guarda de menores*, Buenos Aires, Astrea, 1978, p. 64 y ss. Interpretando el art. 4º de la ley 10.903, el citado autor sostiene que la expresión "en concurrencia con el Consejo Nacional del Menor y del Ministerio Público de Menores..." debe entenderse como "cooperación y ayuda" pero "solamente dentro de la esfera del Poder Judicial, apartado de toda presión política y administrativa, puede reposar con suficiente responsabilidad el ejercicio del patronato" (p. 66).

<sup>22</sup> "...como todo ente ideal objetivo, el valor justicia no depende del hombre. Lo que cambia históricamente es la capacidad de este último de captarlo, realizarlo o desatenderlo". W. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al derecho*, p. 48.

<sup>23</sup> "Sería erróneo justificar este vacío con el hecho de que Vélez rechazó la adopción en razón de que podía preverse que alguien, adoptado en el extranjero por un causante, se presentara en un juicio sucesorio argentino; lo que pasa es que probablemente Vélez creía, como Savigny, que una institución desconocida infringiera ya por esta razón el orden público". W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 318, nº 291..

motivos se comparten, *de lege ferenda*, y las aspiraciones y vivencias de la sociedad argentina actual... hay algo de lo cual no se puede prescindir ni es posible que lo olvide el juez: el mantenimiento de la organización argentina de acuerdo con su sistema legal que, como es obvio, lo estructura y conforma el Código Civil"... "De ahí que, ante nuestra ley, sea una cuestión de orden público la ineficacia de la adopción cumplida de acuerdo con la ley extranjera, cuya aplicación deviene imposible (art. 14, inc. 2º cód. civil)".<sup>24</sup>

El doctor Víctor Romero del Prado proyectó normas de DIPr para ser incorporadas a la legislación nacional según la base de las previsiones del Código Bustamante, adaptándolas al principio del domicilio.

Otros autores, como el doctor Carlos M. Vico sostenía, por el contrario, que la adopción "podría ser invocada en la República para una situación adquirida conforme a la ley del domicilio, que es el principio general de nuestro Código".<sup>25</sup>

Los doctores Jorge Coll y Luis A. Estivil dedican un extenso capítulo de su obra *La adopción e instituciones análogas* a las normas de DIPr, observando que "normalmente no se legisla sobre conflicto de leyes en materia de adopción, correspondiendo a la doctrina la búsqueda de la ley aplicable". Entre las posturas mayoritariamente aceptadas señalan la que considera necesario y suficiente que cada parte cumpla los requisitos que para ella prescribe su ley personal.<sup>26</sup> Sin embargo, ponen en evidencia la "sinrazón de disociar el régimen de la capacidad, o de aplicar dos leyes, puesto que todas y cada una de las exigencias tienen en vista un acto integral que afecta tanto a una como a otra parte. Por eso es preferible el sistema seguido por el Código Civil alemán, la ley checoslovaca, de 1928 y la Convención, de 1931, de los países escandinavos, que aplican una sola ley".<sup>27</sup>

Los autores citados proponen soluciones para dos supuestos:

a) Validez en la República de las adopciones conferidas en el extranjero: si se han celebrado válidamente en el extranjero deben valer en la República pues, introducida la institución, no hay razones para negar la validez. "Propiciamos que la ley argentina rija la capacidad de las partes también... cuando el adoptante ha tenido en ese momento su domicilio en la República" (p. 451);

b) Las adopciones con elementos extranjeros realizados en la República: es preferible la elección de un solo derecho: el del lugar de celebración.

En 1948 se sanciona la ley 13.252 que introduce el instituto de la adopción, sin incluir normas de DIPr interno, con lo cual continuó vigente la discusión doctrinaria respecto del derecho que debía regir los casos multinacionales, considerándose que correspondía la aplicación analógica de las normas indirectas sobre adopción incluidas en el Tratado de Derecho Civil Internacio-

<sup>24</sup> LL, t. 54, comentario al caso "Grimaldi, Miguel, suc.", del 24/5/1949 y V. ROMERO DEL PRADO, *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Assandri, 1961, t. II, pp. 385 y ss.

<sup>25</sup> CARLOS M. VICO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., 1967, t. II, nº 172.

<sup>26</sup> COLL-ESTIVIL, *La adopción e instituciones análogas*. Buenos Aires, Tea, 1947, cap. VIII: "Del derecho aplicable".

<sup>27</sup> COLL-ESTIVIL, ob. cit., p. 426, nº 335.

nal de Montevideo, de 1940 (a partir de su ratificación por nuestro país, en 1956).<sup>28</sup>

La ley 19.134, sancionada y promulgada el 21/7/1971 incorpora normas de DIPr.

El art. 32 establece: "La situación jurídica, los derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción cuando ésta hubiere sido conferida en el extranjero".

La primera observación se refiere a la limitación de esta norma a las adopciones conferidas en el extranjero. Es decir, que las adopciones conferidas en el país, aun tratándose de casos multinacionales desde su origen, son regidas por el derecho argentino.

"Urge distinguir entre casos (o elementos de casos) propios y casos (o elementos de casos) extranjeros, y, con miras a estos últimos, respetar el derecho del país al que ellos pertenecen. La justicia exige, por ende, el respeto al carácter extranjero de un caso".<sup>29</sup>

La segunda observación se refiere a los hechos descriptos en el tipo legal ¿qué debemos entender por "situación jurídica"?

Al respecto sostiene el doctor Juan C. Smith: "El art. 32 no responde al interrogante (¿qué ley aplicamos para juzgar la validez del acto?) puesto que sólo se refiere a los efectos de una adopción ya constituida en el extranjero y no a las condiciones de su constitución". "El art. 32 sólo regula la situación jurídica, derechos y deberes de adoptantes y adoptados entre sí, aspectos éstos propios de un estado adoptivo ya constituido". "Frente a esta laguna sólo nos queda aplicar (a la constitución de la relación) analógicamente lo dispuesto en el art. 23 del Tratado de Montevideo, de 1940".<sup>30</sup>

Recientemente, en el caso "Bayaud, Enrique, s/suc." (fallado el 25/3/1981), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha reconocido que bajo el confuso término de "situación jurídica", la norma se refiere al tema de validez o nulidad de la adopción, asignándole además un concepto más amplio comprensivo de los derechos hereditarios del adoptado (ver exposición y crítica en el punto III).

La mayoría de los autores,<sup>31</sup> cuya opinión compartimos, interpretan que el art. 32 de la ley 19.134 repudia la *grande coupure*, es decir gobierna por la

<sup>28</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 347, n° 291. También fallo del caso "Oreiro Miñones, José, s/suc.", citado en A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 1978, p. 301 y ss.: "...la ausencia de convenio con España y de normas no convencionales en el DIPr argentino en materia de adopción en la ley 13.252, hace aplicable analógicamente las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional, de Montevideo, de 1940, en su caso, el art. 23".

<sup>29</sup> W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 13, n° 15.

<sup>30</sup> JUAN C. SMITH, art. cit., p. 966.

<sup>31</sup> W. GOLDSCHMIDT: "El derecho del domicilio extranjero del adoptado o el derecho de la Argentina, en la cual se autorizó la adopción, rigen tanto la validez de la adopción como sus efectos", ob. cit., p. 347. A. BOGGIANO: "En el DIPr argentino la adopción se rige por el derecho del domicilio del adoptado (art. 32, ley 19.134) en todos sus aspectos", ob. cit., pp. 292 y 307. I. WEINBERG, ED, 38-1070 y ss.

misma ley (el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción) la validez o nulidad de la relación y sus efectos ("derechos y deberes de las partes").

El Proyecto del doctor Julio J. López del Carril, ya citado, sobre legitimación adoptiva y adopción, incluye normas sobre reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero. En el art. 49, establece: "Las adopciones, arrogaciones o legitimaciones adoptivas otorgadas en el extranjero serán válidas en la República Argentina, siempre que: a) su aplicación no resulte violatoria de los arts. 14 y 21 del Código Civil argentino; b) se haya concedido exclusivamente a menores de edad; c) su otorgamiento lo haya sido por las autoridades judiciales del domicilio real del adoptado; d) que no haya sido pactada o conferida por contrato; e) que conceda al adoptado y adoptante los mismos derechos y obligaciones que la ley argentina". Señala su autor: "algunas de estas previsiones fueron incorporadas al decreto-ley 19.134 sobre adopción".<sup>32</sup>

El establecimiento de normas excesivamente rigurosas sobre reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero contraría, a mi entender, la finalidad social de la institución y pone en peligro el emplazamiento de la parte (el menor) que se desea proteger.

El reconocimiento de la extraterritorialidad del derecho extranjero está siempre condicionada por la "cláusula de reserva" que protege los principios fundamentales del derecho argentino (art. 14, inc. 2º, Código Civil). El orden público concebido como principios fundamentales de toda la legislación,<sup>33</sup> obliga siempre al juez de la causa.

Supongamos una adopción conferida por contrato entre partes, homologado en sede administrativa, conforme al derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (vgr. año 1976), que emplaza a un menor huérfano en el estado familiar de hijo de un matrimonio adoptante. Aun constituida por contrato, esta relación es perfectamente compatible con los principios de nuestra organización familiar y las instituciones de ambos sistemas jurídicos (el propio y el extranjero) son comparables sobre la base de la función social que cumplen.

Por otra parte, el proyecto del doctor López del Carril coincide con la ley vigente en contemplar sólo casos de "reconocimiento", es decir, en aplicar exclusivamente el derecho argentino para la creación de la relación (con elementos extranjeros o no) cuando se confiere en nuestro país.

---

<sup>32</sup> Con anterioridad, en 1965, en "Meditaciones sobre la adopción", en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, La Plata, t. 24, el profesor López del Carril había sostenido la necesidad de establecer el domicilio del adoptado como punto de conexión de la norma de conflicto... "También ha de desestimarse el criterio de la nacionalidad, previa afirmación de que el adoptado conserva su propia nacionalidad y no adquiere la de su adoptante... Nuestra ley debe modificarse... determinando que la demanda, sentencia y efectos de la adopción se rigen por la ley del domicilio del adoptado, que es el menor en cuyo interés se ha de establecer toda protección" (p. 255).

<sup>33</sup> Y no como disposiciones o normas positivas, aunque en determinados supuestos, una disposición puede ser expresión de un principio fundamental. W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., pp. 149 y ss.; A. BOGGIANO, ob. cit., pp. 140 y ss.

En el mismo sentido el art. 19 del Anteproyecto de ley de adopción elaborado en el año 1979 por los doctores Jorge Mazzinghi, Patricio Raffo Benegas y Francisco Magin Ferrer, establece: "La adopción conferida en el extranjero se rige por la ley del lugar de su otorgamiento", de cuya redacción se infiere que la adopción constituida en nuestro país se rige por la *lex fori*.<sup>34</sup>

## 2. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNACIONAL

Hay tres importantes convenciones internacionales vigentes en el ámbito americano:

- a) El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, que vincula al Perú (ratificado el 4-11-1889); Argentina (ratificado el 11-12-1894); Bolivia (ratificado el 17-11-1903) y Colombia (adhesión el 2-12-1933).
- b) El Código de Derecho Internacional Privado, surgido en la VI Conferencia Interamericana de La Habana de 1928, que vincula a quince países de Centro y Sudamérica (sólo Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay no lo ratificaron).
- c) El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940, que vincula al Uruguay (ratificado el 12-11-1942); Argentina (ratificado el 18-6-1956) y al Paraguay (ratificado el 29-1-1958).

Sólo los citados en b) y c) contienen normas de DIPr específicas relativas a la adopción. Incluimos el comentario a las soluciones del Código Bustamante en el punto 3. En este apartado nos abocaremos a los Tratados de Montevideo, que vinculan a la República Argentina y desplazan, dentro de su ámbito de aplicación, a las normas de DIPr de fuente interna.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, adopta una concepción territorialista atenuada, declarando aplicable, ya sea la ley del domicilio del incapaz (art. 19 para el discernimiento de la tutela); sea la ley del país donde ciertos derechos se ejecutan (art. 14 referente a la patria potestad); sea la ley del lugar de situación de los bienes (art. 15, derecho de los padres sobre los bienes de los hijos). Sin embargo, no incluye normas referidas a la adopción.

En opinión del doctor Goldschmidt, "es posible encuadrarla dentro de los contratos y aplicar el derecho del país en que se ejecuta la adopción y que sería el país en donde el adoptante está domiciliado; sin embargo, si el adoptante cambia de domicilio, habrían de aplicarse a la validez de la adopción los derechos de los sucesivos domicilios, ya que en todos ellos debe cumplirse la adopción".<sup>35</sup>

<sup>34</sup> Pese a los efectos *favor adoptionis* de esta formulación, a mi juicio, no ofrece suficientes garantías en una institución de derecho de familia que transforma el estado de las personas, y donde el derecho aplicable y la autoridad competente no puede ser librado a la voluntad autónoma de las partes (que podrían elegir el derecho aplicable al elegir el tribunal ante el cual iniciar el proceso).

<sup>35</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 353, n° 292.

Supongamos un caso de adopción conferida en Bolivia, en 1975, entre adoptado domiciliado en Bolivia y adoptante residente en Bolivia, con domicilio en Buenos Aires, cuyo reconocimiento se plantea ante tribunales argentinos, país al que se trasladaron las partes fijando su domicilio en el del adoptante. Correspondería encuadrar el caso dentro del ámbito de aplicación del Tratado de Montevideo, de 1889.<sup>36</sup> Para suplir la laguna normativa, no me parece conveniente recurrir por analogía al artículo 23 del Tratado de Montevideo, de 1940, el cual pudo haber sido ratificado por Bolivia si hubiera querido quedar vinculada.

Tampoco me parece ajustada al caso la aplicación directa de la norma de DIPr de fuente interna (art. 32 de la ley 19.134) pues el mismo cae dentro del ámbito del Tratado de Montevideo, de 1889. Antes de aplicar a la validez de la adopción el derecho del país en que se ejecuta (es decir, derecho del domicilio del adoptante: derecho material argentino), encuadraría el instituto por su función tutelar y aplicaría la ley del domicilio del incapaz (art. 19 del Tratado de Montevideo, de 1889), esto es, aplicaría a la validez de la adopción el derecho boliviano.

Nótese que en el supuesto la solución coincide con "el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción", conforme con el art. 32 de la ley 19.134. Sin embargo, difiere el fundamento pues la norma interna de DIPr referente al reconocimiento de adopciones extranjeras podría modificarse, optar por la aplicación distributiva o alternativa de ambos derechos conectados, etc.

La evolución social del siglo xx ha aumentado las situaciones que amenazan moral y materialmente a los menores y esto ha influido en una evolución paralela respecto de la función tutelar del instituto de la adopción. Felizmente, también se ha tomado conciencia de la responsabilidad de la comunidad por la suerte de la infancia y de la juventud. En DIPr este desenvolvimiento se manifiesta en una tendencia cada vez más declarada en favor del domicilio (o aun de la residencia estable) como punto de conexión para determinar la ley aplicable (y jurisdicción) en materia de estatuto personal y en cuanto a protección de menores.<sup>37</sup>

En DIPr de fuente interna, Brasil ha pasado en 1942 al principio del domicilio. En las convenciones internacionales se ha ido acentuando el principio territorialista. La importancia del domicilio como punto de conexión se manifiesta en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1940, tanto en lo relativo a la ley que rige la patria potestad (art. 18), la tutela (art. 25) y la adopción (arts. 23 y 24).

El régimen de estos últimos artículos es de significativa importancia, no sólo para la solución de los casos que caen dentro de su específico ámbito de

---

<sup>36</sup> Ámbito espacial activo: aplicación por una autoridad de un Estado vinculado; ámbito espacial pasivo: caso con contacto de fondo —domicilio del incapaz— con otro Estado vinculado, siendo ese contacto determinante del derecho aplicable. (En nuestra propuesta, art. 19).

<sup>37</sup> WERNER VON STEIGER, "La protection des Mineurs en DIPrivé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 112, pp. 470-525 - Ch. III "Les évolutions sociales et juridiques", pp. 498 y ss.

aplicación, sino en virtud de la extensión analógica a las adopciones realizadas antes de la entrada en vigencia de la ley 19.134 (ver caso "Oreiro Miñones, José, s/suc.", sobre aplicación concordante de los artículos 34, ley 19.134 y 3º, C. C., citado en A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, pp. 295 y ss.).

Dispone el art. 23: "La adopción se rige, en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público".

"He aquí un punto de conexión acumulativo igual, cuyo fin consiste en evitar adopciones claudicantes, o sea, válidas por ejemplo en el país del domicilio del adoptante y nulas en el Estado del domicilio del adoptado".<sup>38</sup>

La doctrina discrepa sobre los alcances del citado art. 23 y con respecto a la situación fáctica contemplada en el tipo legal de la norma del art. 24: "Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida".

¿Cuáles son esas otras relaciones jurídicas no comprendidas en los "efectos"? ¿se trata de las leyes a que cada una de las relaciones se encuentra sometida o las leyes domiciliarias de cada una de las partes?

Los doctores Jorge Coll y Luis Estivil en el trabajo ya citado (*La adopción e instituciones análogas*, Buenos Aires, TEA, 1947, p. 458) opinaban: "El anteproyecto original no contenía disposiciones especiales sobre adopción; ésta quedaba regida por las normas generales aplicables: a) el estado civil y la capacidad: por la ley del domicilio (art. 1º); b) la forma del acto: por la ley del lugar de celebración (art. 57); c) la patria potestad por la ley del domicilio del que la ejerce (ars. 11 y 12); d) las sucesiones por la ley del lugar donde están situados los bienes (art. 24)"... "Este régimen hubiera sido muy superior al consagrado en definitiva en forma expresa".

No vamos a detenernos en las posibles incoherencias y dificultades de adaptación a que puede conducirnos la aplicación de tal pluralidad de derechos; nuestro propósito es destacar las interpretaciones y juicios valorativos diversos que han merecido las normas sobre adopción del Tratado de Montevideo, de 1940.

Sostiene el doctor Juan C. Smith:<sup>39</sup> "El sistema del art. 23 es concreto y preciso, a punto tal que nosotros le hemos dado cabida como criterio subsidiario en el segundo párrafo del art. 46 de nuestro Anteproyecto de Ley Nacional de DIPr". Con relación al art. 24: "Se advierte que el criterio fundante no es otro que separar el régimen internacional de la adopción propiamente dicho, de aquellos aspectos que, no obstante su conexión con el instituto, no necesariamente se encuentran comprendidos en él. Criterio, a nuestro juicio, coherente con la diversidad de regímenes implicados en el desarrollo de la vida jurídica".

<sup>38</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 343.

<sup>39</sup> JUAN C. SMITH, art. cit., p. 961.

Asimismo, nos vamos a permitir transcribir la interesante interpretación del Profesor Goldschmidt:<sup>40</sup> "Cuando el art. 23 alude a los «efectos» no se refiere a las consecuencias jurídicas de la adopción sino a su duración, revocabilidad, etc.". "Las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida (art. 24)". "Esta disposición enfoca tres clases de relaciones: 1) condicionantes de la validez de la adopción —por ejemplo, se prohíbe que alguien adopte a un hijo propio extramatrimonial—: filiación de la persona a adoptar con respecto a quien desea adoptar; 2) independientes de la adopción —por ejemplo, un préstamo que dio el adoptante al adoptado antes de la adopción—; 3) condicionadas por la adopción —por ejemplo, patria potestad, sucesión, etc.—. Por consiguiente, la patria potestad, que es la consecuencia de la adopción de menores, se regula por la ley que rige la patria potestad y lo que es particularmente importante, las vocaciones sucesorias del adoptante y adoptado se regulan por el derecho del último domicilio del causante o por el domicilio de la situación de los bienes relictos, según lo que fuere el estatuto sucesorio".

Como punto de partida trataré de interpretar la opinión del doctor Carlos M. Vico, integrante de la delegación argentina en las Comisiones de Derecho Civil Internacional. El informe de las sesiones del Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado no nos aporta mayor claridad: "En la parte de derecho de familia se introdujo a propuesta de la Argentina un título sobre adopción, institución no contemplada en el derecho vigente, existente en algunos Estados de Sudamérica y proyectada en la Argentina".<sup>41</sup>

En cambio, el *Curso de Derecho Internacional Privado* del doctor Vico nos proporciona una aproximación más precisa:<sup>42</sup>

"...se han propuesto varios temperamentos pareciéndonos el más justo aquel que aplica las dos leyes. La del adoptante determinará si la adopción es posible respecto de él y la del adoptado decidirá lo mismo a su respecto. La adopción no será válida por consiguiente más que cuando responda a las exigencias de ambas leyes. En este caso la *aplicación separada* de las dos leyes es perfectamente posible. Supongamos que la ley del adoptante prohíbe adoptar antes de los 45 años de edad y que la ley del adoptado no permite la adopción de un menor. En consecuencia, un individuo de 40 años no podrá adoptar válidamente y un individuo menor de edad no podrá ser adoptado. Se aplicará cada ley por separado...".

Hasta aquí, su opinión personal parece inclinarse a una aplicación distributiva de ambas leyes. En el comentario del art. 23 del Tratado de Montevideo, precisa: "la posibilidad, validez y alcance de la adopción dependen de las leyes de los domicilios de las partes interesadas, y en la medida en que lo permitan las *disposiciones concordantes* de esas dos leyes. Si la concordancia

<sup>40</sup> W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., pp. 349 y 350. En el art. 26 de su *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado*, del año 1974, el profesor Goldschmidt reproduce el contenido de los arts. 23 y 24 del Tratado de Montevideo, de 1940.

<sup>41</sup> República Argentina, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto. Div. Asuntos Jurídicos, II Congreso Sudamericano de DIPr de Montevideo, 1939/1940, Buenos Aires, 1940, p. 165.

<sup>42</sup> CARLOS M. VICO, ob. cit., t. 1, Derecho de Familia, pp. 348 y ss.

legislativa es total, no habrá problemas; si es sólo parcial, la adopción se ajustará a los límites de la ley de menor amplitud”.

Nos encontramos ya con el criterio acumulativo que conduce a la aplicación de la ley más severa.

En su comentario al art. 24, explicita: “Se refiere a las relaciones del adoptado con su familia natural y a las del adoptado con el adoptante y con los miembros de su familia”. “Todas ellas deben regirse por la ley que anteriormente las gobernaba, porque la adopción agrega ciertas relaciones que vinculan al adoptado con el adoptante y con la familia de éste, pero no quita ni modifica ninguna de las relaciones preexistentes”.<sup>43</sup>

Debemos considerar que estos son conceptos vertidos cuando la concepción del instituto de la adopción, no sólo en los proyectos que se elaboraban en la República, sino en toda Sudamérica, estaba muy lejos de una incorporación plena a la familia del adoptante, con la consiguiente ruptura de lazos respecto de la familia de sangre y una transformación profunda en el emplazamiento familiar.

La expresión: “*Las relaciones jurídicas concernientes a las partes*”, no puede referirse a relaciones totalmente independientes de la adopción, como un contrato o un acto jurídico cualquiera entre adoptado y adoptante: obviamente, esto no es tema de regulación por este artículo. Si la norma sólo se refiriese a estos supuestos, sería superabundante.

Son las relaciones del adoptado con su familia de sangre, vgr., los impedimentos matrimoniales, y las relaciones del adoptado con la familia del adoptante: su relación de parentesco o no, sus pretensiones sucesorias, etc. “...el adoptado no podrá invocar lazos más amplios que los que reciba de su nueva familia”.

En realidad se trata de una aplicación distributiva, acorde con la idea fundamental del doctor Vico, inspirada en Niboyet, a quien el propio autor cita.

“...Se rigen (las demás relaciones) por las leyes a que cada una de éstas (de las partes, no de las relaciones) se halle sometida”: es decir, lo referente al adoptado y a su familia natural, por el derecho del domicilio del adoptado; lo relativo al adoptado y a la familia del adoptante, por el derecho del domicilio del adoptante.

A la luz de esta interpretación, ¿cuál es el alcance preciso del art. 23?

Evidentemente, “lo que atañe a la capacidad de las personas y lo que respecta a las condiciones y limitaciones”, es referencia a las condiciones sustanciales de validez (e invalidez) de la adopción. Pero ¿qué entendemos por “efectos”?

El efecto fundamental de la adopción es la constitución por virtualidad de la ley de una filiación análoga a la filiación basada en la procreación, es

---

<sup>43</sup> CARLOS M. VICO, ob. cit., p. 351.

decir, el emplazamiento en un estado de familia que implica la relación jurídica paterno-filial. Entre los efectos de la filiación, la patria potestad ocupa el primer lugar.<sup>44</sup> El derecho-deber de los padres de satisfacer los requerimientos de asistencia, protección (atención a las necesidades materiales y espirituales de los menores) y representación jurídica de los hijos, constituye el efecto inmediato y general de la filiación. A su vez, la obligación alimentaria permanece más allá de la patria potestad, cuando el niño es mayor y constituye un carácter recíproco. Ella misma es un efecto inmediato y general de la filiación, sin integrar otra institución.

En cambio, la vocación sucesoria, los impedimentos matrimoniales, son elementos de otras instituciones.<sup>45</sup>

Es decir, dentro del tipo legal descrito por el art. 23 del Tratado de Montevideo, de 1940, entiendo la validez (e invalidez) de la adopción y sus efectos inmediatos (patria potestad, obligación alimentaria, nombre del adoptado). En este sentido la norma aplica un solo derecho (o combinación de derechos) a la constitución de la relación y a sus efectos (repudio de la *grande coupure*). Asimismo, contiene una norma de derecho civil unificado sobre la forma: "con tal que el acto conste en instrumento público".

La vocación sucesoria es un efecto indirecto respecto del cual el vínculo adoptivo constituye una "cuestión previa" y debe resolverse conforme a la postura que se adopte frente al problema de la cuestión previa (Ver parte III). Al respecto, no lo considero comprendido en el tipo legal del art. 24 del Tratado de Montevideo, de 1940. Tampoco es conveniente "encapsular" (usando términos del doctor Goldschmidt) el estatuto sucesorio en el estatuto de la adopción.

"La ley que rige la sucesión determina si un niño adoptado tiene capacidad para suceder; y la ley que gobierna la creación de la adopción establece si una determinada persona es un niño adoptado".<sup>46</sup>

### 3. SOLUCIONES DOCTRINARIAS Y LEGISLATIVAS (ESTUDIO COMPARATIVO)

Ya sea presentadas como interpretación de normas positivas o como elaboraciones teóricas sugeridas, nos encontramos con dos tendencias fundamentales:

---

<sup>44</sup> HENRI BATTIFFOL, *Droit International Privé*, París, 5ª ed., t. II, avec le concours de Paul Lagarde, p. 101, nº 478: "L'attribution de la puissance paternelle caractérise assez nettement les effets de l'adoption... La tendance contemporaine à transférer la puissance paternelle à l'adoptant appuie les titres de la loi de l'adoptant à gouverner les effets du lien, assurant une homogénéité entre le régime de ceux-ci et celui de leur création".

<sup>45</sup> BATTIFFOL, ob. cit., p. 100: "Parmi les effets de la filiation la puissance paternelle occupe la première place; elle ne constitue pas un élément d'une autre institution, comme c'est le cas des conséquences de la filiation en matière de succession ou d'empêchement au mariage... Le devoir pour les parents d'élever leurs enfants constitue l'effet immédiat et le plus général de la filiation...".

<sup>46</sup> ERNST RABEL, *The Conflict of Laws. A comparative study*. Michigan Legal Studies, 1945, vol. I, Family Law, p. 653.

## A) Aplicación de un solo derecho:

Una tendencia enfatiza la conveniencia de someter toda adopción internacional a su "propia ley", asegurando un tratamiento legal coherente de los variados aspectos que representa el caso. En este sentido, la adopción con elementos extranjeros es considerada como una relación uninacional, ya sea regida por el derecho propio o extranjero.<sup>47</sup> Uno de los puntos de conexión es considerado relevante y el derecho por él conectado gobierna la relación total.

Tal es la posición de los autores que aplican un solo derecho, ya sea la ley personal (nacional o domiciliaria) del adoptante o del adoptado. La ventaja de esta solución, además de su simplicidad, consiste en la coordinación que todo derecho razonablemente procura entre los requisitos sustanciales de una adopción y sus efectos, y entre estos mismos efectos entre sí.

### A.1. Predominio de la ley personal del adoptante

Sostiene el profesor De Nova con referencia a su propio sistema jurídico: "La concepción italiana sobre la adopción, como una relación de familia entre adoptante y adoptado, confiere al primero una cierta preeminencia sobre el último, comparable al derecho del "cabeza de familia". "La mejor solución, según mi parecer, es la aplicación de la *lex patriae* del adoptante".<sup>48</sup>

La doctrina italiana ha elaborado en torno a su derecho positivo dos teorías contrapuestas. La tesis prevaleciente sostiene que la regla de DIPr que gobierna la constitución de la relación adoptiva debe extraerse de la regla general del art. 17, disp. prel., que aplica las leyes nacionales de las partes interesadas. Según esta postura, en el caso de diversa nacionalidad, esta regla conduce a la aplicación "acumulativa" de cada uno de los derechos nacionales.

La tesis minoritaria sostiene la aplicación por extensión analógica de la norma específica sobre adopción multinacional, es decir, el art. 20, par. 2, disp. prel., que elige para regir las relaciones entre adoptante y adoptado, la ley nacional del adoptante al momento de la adopción. A favor de esta segunda interpretación se argumenta el carácter restrictivo de la aplicación simultánea de varias leyes, que se opone al favor que el ordenamiento legislativo debe reservar a una institución como la adopción. A su vez, la crítica más importante que recibe esta segunda postura se refiere a la necesidad de encontrar una solución que tenga en cuenta la naturaleza plurinacional de la relación, sobre todo ante la exigencia de evitar, cuanto sea posible, la creación de una situación jurídica "claudicante".

En una tercera postura doctrinaria, más moderada, se combina la ley nacional del adoptante con la ley nacional del adoptado respecto del consentimiento requerido para la participación de este último en la relación.

"Es claro que en esta versión moderada la tesis en examen no constituye más que una radical alternativa respecto de la opinión dominante... se resuel-

<sup>47</sup> RODOLFO DE NOVA, ob. cit., p. 120.

<sup>48</sup> DE NOVA, ob. cit., p. 98.

ve mediante la coordinación de las dos leyes simultáneamente aplicables mediante un criterio «distributivo desigual», a causa de la preeminencia acordada a la ley nacional del adoptante».<sup>49</sup>

“Sin embargo, en cuanto a los efectos, la doctrina se ajusta al derecho positivo italiano: la constitución de una relación adoptiva o el reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero, produce ante todo en el ordenamiento italiano el efecto fundamental de hacer surgir entre las partes una relación jurídica familiar. Tal relación (*effetti diretti*) es regida por la ley indicada en el art. 20, disp. preliminares”.<sup>50</sup> La *lex patriae* del adoptante es considerada con mayor favor debido a que él es quien toma la iniciativa para establecer la nueva relación y normalmente quien asume las mayores responsabilidades.

En el derecho alemán el punto de partida es el art. 22, par. I, de las leyes introductorias al Código Civil, conforme con el cual “la adopción se rige por el derecho alemán si el adoptante es un nacional alemán al momento de la adopción”. Esta es una de las llamadas “normas de policía” (*unilateral rules*, reglas de aplicación inmediata, etc.) del C. Civil alemán.

Los tribunales y los autores han desarrollado este principio de manera de “bilateralizarlo”. El resultado de esta técnica interpretativa es que, en DIPr alemán, la adopción es gobernada por la ley nacional del adoptante. Sin embargo, la ley nacional del adoptado tiene alguna influencia precisamente cuando el menor es un nacional alemán. El segundo párrafo del art. 22 establece, en efecto, que “cuando el adoptante es ciudadano de un Estado extranjero, mientras que el menor es alemán, la adopción es inválida si el consentimiento del niño o de un tercero a quien el niño esté unido por lazos familiares, no es requerido conforme al derecho alemán”. Esta última previsión no es “bilateralizada” a favor de la *lex patriae* del adoptado —cualquiera fuese su nacionalidad— sino que sólo actúa a favor del menor alemán y, consecuentemente, del derecho alemán. Es considerada, pues, como una “norma de policía” (*specialized public policy clause*, *Spezielle Vorbehaltsklausel*).<sup>51</sup>

Algunos autores alemanes,<sup>52</sup> con una interpretación más amplia, sostienen que el interés protegido en el párrafo 2 (del art. 22, disp. prel.) no es más importante que el interés que subyace en el párrafo 1, por lo tanto, si esta última norma puede interpretarse como norma de conflicto bilateral, también puede seguirse el mismo criterio con relación a la primera. De acuerdo con esta postura, aunque permanece como “ley propia de la adopción” la ley nacional del adoptante (o adoptantes), el derecho del Estado al cual pertenece el

<sup>49</sup> ANGELO DAVÌ, *L'adozione nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1981, Pubblicazioni dell'Istituto Di Diritto Internazionale Dell'Università di Roma, p. 104, nota 48.

<sup>50</sup> A. DAVÌ, ob. cit., p. 243.

<sup>51</sup> DE NOVA, ob. cit., p. 105.

<sup>52</sup> Tal el profesor KEGEL, *Internationales Privatrecht*, München-Berlin, 1960, p. 306. No he tenido acceso a esta fuente y el comentario es tomado de la obra citada del profesor De Nova, p. 105 y nota 28.

menor adoptado tiene —en todos los casos y no exclusivamente cuando coincide con la ley alemana— una cierta competencia en materia de consentimiento.<sup>53</sup>

## A.2. Predominio de la ley personal del adoptado

El punto de conexión “nacionalidad o domicilio” del adoptante se opone a aquellas posturas que ponen su énfasis en el carácter proteccional de la adopción. Las modernas legislaciones y decisiones de los tribunales coinciden en la función social del instituto: ofrecer mejores condiciones de asistencia y educación a menores abandonados, huérfanos o víctimas de diversos infortunios. Desde este punto de vista, el beneficio del menor es la clave de toda legislación sobre adopción y el “derecho del adoptado” es considerado como su *natural protector*.<sup>54</sup>

A este método de elegir el derecho aplicable mediante la finalidad principal de la institución, puede objetársele que, en el caso de la adopción, no basta la aplicación de la ley personal de la parte que se quiere proteger o beneficiar, sino la aplicación del derecho que, en el caso dado, sea en su integridad más favorable a los intereses y aspiraciones de esa parte.<sup>55</sup>

Es decir, no es suficiente el criterio de la “elección justa” del derecho aplicable sino que debe llegarse a la consideración del derecho de fondo que proporcione la solución más justa del caso.<sup>56</sup>

Normalmente la elección del derecho se basa en un presupuesto sobre el contenido material de dicho derecho. Si la adopción se organiza como una institución en beneficio del menor, el derecho del adoptado ha de aplicarse. Por el contrario, si la adopción es concebida en general en beneficio de los adoptantes o, en una orientación más moderna, destinada a establecer un vínculo familiar análogo a la familia natural, entonces prevalece el derecho del adoptante como autoridad de esa relación.

En esta posición que concibe la ley del adoptado (ley domiciliar, conforme a nuestra tradición jurídica) como su natural protector, ubicamos la opinión ya citada del doctor Julio López del Carril (“Meditaciones sobre la adopción”, en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata*, t. XXIV,

---

<sup>53</sup> Observemos que no se trata de una reflexión de puro valor especulativo. Supóngase el caso de un matrimonio alemán que reside en la República, conservando su domicilio conyugal y sus bienes en Alemania. En el país toma a su cuidado un niño argentino —de ascendencia alemana— en situación legal de “abandono”. Realizados los trámites pertinentes el matrimonio alemán obtiene el otorgamiento de la guarda del menor y, cumplido el plazo legal, la sentencia de su adopción plena, conferida por tribunales argentinos conforme a la ley argentina. Inmediatamente el matrimonio regresa al domicilio alemán, donde siempre ha mantenido su hogar conyugal, y donde la relación adopcional se enfrenta con la citada norma: “si el adoptante es un nacional alemán al momento de la adopción, la misma rige por el derecho alemán”. Ni aun en su interpretación bilateralizada, la adopción conferida en la Argentina tiene posibilidades de ser válida. Nuestro juez no debió omitir la consideración de la “norma de policía” del derecho del domicilio del adoptante frente al eventual conflicto.

<sup>54</sup> DE NOVA, ob. cit., p. 101.

<sup>55</sup> Ídem.

<sup>56</sup> A. BOGGIANO, *Del Viejo al Nuevo Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 107 y 108, especialmente, cuestiones que suscita la tesis de las elecciones flexibles.

año 1965, pp. 227 y ss., nota 32 del presente trabajo) y, legislativamente, en nuestro DIPr de fuente interna, el art. 32 de la ley 19.134.

En Francia, los tribunales y buena parte de la doctrina parecen inclinarse a la ley nacional del adoptado, a menos que el adoptante sea un ciudadano francés, en cuyo caso el derecho francés desplaza al derecho extranjero.

Merle<sup>57</sup> sostiene que, cuando es necesaria la elección de una única ley, es preferible aplicar la ley del niño adoptado. Encuentra razonable aplicar el "derecho del jefe de familia" a la legitimación y a la filiación legítima, pero no a la filiación por adopción. "La adopción no puede compararse con los otros caminos para establecer el vínculo de la filiación. Se trata de la yuxtaposición de dos relaciones familiares pues, si bien une al adoptado con el adoptante... mantiene el vínculo del adoptado con su familia natural... Frecuentemente este vínculo es reemplazado por completo... Tales transformaciones en las relaciones familiares son tan importantes que el derecho del adoptado no puede ser ignorado".

Sin embargo, aun en la opinión personal del mismo Merle parece notarse una inclinación hacia la aplicación distributiva de ambos derechos: "El sistema distributivo<sup>58</sup> sólo es practicable mientras las condiciones sustanciales de la adopción puedan ser claramente referidas a la persona del adoptado y a la persona del adoptante. Cuando se trata de condiciones comunes que a ambos afectan, es absolutamente necesaria la elección de un único derecho".<sup>59</sup>

De acuerdo con la opinión de Niboyet, "si ninguna de las partes es nacional francés, la solución más ortodoxa y correcta sería, sin duda, la aplicación de manera distributiva del derecho personal de cada parte. Pero esto presenta dificultades prácticas. Entiendo que la solución menos objetable es contentarse con el derecho del niño adoptado, pues se trata de su propio estatuto personal".<sup>60</sup>

Aun este autor nos brinda otra solución, visiblemente inclinada a favorecer la adopción internacional: "Existe aún otra posibilidad... elegir, entre los derechos extranjeros conectados, *aquel que autorice a concretar la adopción*, y, en caso de conflicto, *aquel derecho que sea más similar al derecho propio*".

Batiffol trata el tema de la adopción al referirse a la determinación de la ley aplicable a la filiación.<sup>61</sup> La adopción procura conferir al adoptado la

<sup>57</sup> MERLE, *Le droit international privé de la famille en France et en Allemagne*, París, 1955, p. 326, citado por Rodolfo De Nova en ob. cit., p. 102.

<sup>58</sup> Se habla de aplicación "distributiva" cuando dos o más leyes se aplican separadamente a elementos diversos de una situación de hecho. En cambio, se habla de aplicación "acumulativa" cuando las leyes concurrentes se aplican simultáneamente al mismo elemento de la situación de hecho, es decir, se superponen recíprocamente. ANGELO DAVI, ob. cit., pp. 45 y 46, nota 65.

<sup>59</sup> MERLE, ob. cit., p. 329.

<sup>60</sup> NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, París, 1948, p. 495 y nota 2. Este autor parece inspirar las soluciones propuestas entre nosotros por el doctor Carlos M. Vico. Ver p. 82 del presente trabajo.

<sup>61</sup> HENRI BATIFFOL, *Droit International Privé*, cit., pp. 85 y ss., especialmente n° 464. "La filiation est regardée, au même titre que le mariage, comme élément de l'état des personnes en droit civil, donc du statut personnel en droit international privé, et soumise par suite, selon l'article 3, al. 3 du Code Civil, à la loi nationale". Art. 3, par. 3: *Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les français, même résidant en pays étrangers.*

situación de un niño legítimo y el derecho francés —continúa Batiffol— favorece en especial la adopción plena por parte de ambos cónyuges. En tal caso, la aplicación del derecho que rige los efectos del matrimonio (la ley que gobierna el estatuto de la familia, es decir, la ley nacional común de ambos esposos, o la ley de su domicilio común en caso de ausencia de nacionalidad común), parece responder al espíritu de la institución. Este razonamiento sirve de soporte a la elección del derecho del adoptante único, en cuyo hogar el adoptado va a vivir. Sin embargo, “será sin duda razonable” examinar según el derecho de cada parte si ella es apta para adoptar o ser adoptada. Este método distributivo complica la operación, contrariando el criterio general de favorecer la adopción. No obstante, será útil consultar la ley del adoptado sobre las condiciones de su consentimiento o del de su representante.

En respuesta al argumento que sostiene el interés prioritario del niño adoptado como base de la elección exclusiva de su propio derecho, el profesor Batiffol, asimilando el emplazamiento debido a la adopción al de la filiación legítima, sostiene: “Existe, sin embargo, una tendencia a aplicar la ley nacional del menor, pero se debe subrayar que, contrariamente a una visión extendida, nada asegura que esta ley será favorable a dicho menor. Existe, en cambio, un interés evidente en regir por el mismo derecho el conjunto de relaciones familiares, tanto sea entre los esposos como la relación de éstos con los hijos”.<sup>62</sup>

Me interesa destacar la opinión —coincidente con la ya citada del profesor De Nova (notas 54 y 55 del presente trabajo)— relativa a que no se asegura necesariamente el beneficio o la protección del menor con la elección de su propio derecho. En otras palabras, no basta el método de elección de una conexión justa sino que debemos preocuparnos por la solución material que atribuye al caso el derecho elegido.<sup>63</sup>

## B) *Aplicación de una pluralidad de derechos*

Junto a la tendencia examinada (que no se presenta normalmente en estado puro) de someter la adopción internacional a su “propio derecho”, otra tendencia sostiene que varios sistemas jurídicos están implicados en una adopción con elementos extranjeros. Generalmente rechazan dar a uno de ellos prioridad en la regulación de la relación.

### B.1. Sistema acumulativo

Ejemplo de la aplicación de ambos derechos acumulativamente en pie de igualdad es el art. 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Monte-

---

<sup>62</sup> BATIFFOL, ob. cit., pp. 88 y 90.

<sup>63</sup> A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 27: “...si se elige como aplicable un derecho nacional (propio o extranjero) en atención a su contenido material, es forzoso comparar 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... resulta ineludible el recurso al método comparativo material”.

video, de 1940 (ver parte II.2, nota 38). Este método es considerado restrictivo, de aplicación de la ley más severa, por buena parte de los autores.<sup>64</sup>

Las objeciones contra el sistema de aplicación acumulativa son de orden teórico y práctico. En cuanto a lo primero, se observa que la exigencia de respetar todas las disposiciones contenidas en una pluralidad de derechos concurrentes equivale a no aplicar verdaderamente ninguno de éstos, sino una "ley diferente", resultante de la superposición de derechos. Incluso puede presentarse una regulación incongruente, dado que no siempre los derechos conectados son susceptibles de coordinarse de modo armónico.<sup>65</sup>

En la hipótesis en que uno de los derechos consienta la constitución de la adopción mientras que el otro no lo admita, el sistema de la acumulación conduce en realidad a la aplicación de un solo derecho: el más restrictivo ("Y no existe razón lógica que imponga una solución entre un conflicto de leyes, la una que prohíba la creación de una relación y la otra que la admita").<sup>66</sup>

La objeción de carácter práctico se refiere al contraste entre la necesidad social de promover el instituto de la adopción como medida proteccional de menores, y las dificultades de la simultánea aplicación de varios derechos.<sup>67</sup>

## B.2. Sistema distributivo

Para menguar los efectos negativos de la aplicación acumulativa de ambos derechos, los autores propician una aplicación "distributiva" (nota 58) de los derechos en cuestión. En otras palabras, para establecer la validez de una adopción, se traza una distinción entre las condiciones que se refieren al adoptante y a su familia y aquellas que afectan al adoptado y a su familia. Para las primeras, se recurre a la ley personal del adoptante; mientras que a las segundas se aplica la ley personal del adoptado.<sup>68</sup>

El inconveniente de esta solución es que no siempre es posible trazar una distinción tan clara de las exigencias. Hay en todas las legislaciones requisi-

<sup>64</sup> DE NOVA, ob. cit., p. 96; ERNST RABEL, ob. cit., pp. 643 y 644.

<sup>65</sup> ANGELO DAVI, ob. cit., p. 85, nota 25. Sería suficiente para salvaguardar la coherencia de la solución, haber previsto un criterio para la solución de la eventual antinomia. Comentando el problema metodológico que plantea el art. 23 del Tratado de Montevideo, de 1940, sostiene el doctor A. Boggiano: "Tal acumulación puede conducir a la necesidad de armonizar y adaptar las soluciones dadas por los diversos derechos aplicables, si éstos resultaren discordantes. Este requerimiento de adaptación será más urgente si se juzga inválida la adopción internacional por falta de estricta concordancia o ajuste de aquellos derechos. Las adaptaciones se harán principalmente mediante normas materiales individuales" —*Derecho Internacional Privado*, cit., p. 306.

<sup>66</sup> DE NOVA, ob. cit., p. 96.

<sup>67</sup> En su comentario al art. 23 del Tratado de Montevideo, dice el profesor Goldschmidt: "Conviene, pues, que la adopción conforme las legislaciones domiciliarias de ambas partes, siendo el domicilio del adoptado el derivado del domicilio real de sus padres. *Magis valet certitudo quam favor adoptionis*. *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 358.

<sup>68</sup> El Proyecto de ley complementaria del Code Civil en materia de Derecho Internacional Privado, de Francia, de 1967, establece, inclinándose por un criterio distributivo: "... les conditions de l'adoption exigées de l'adoptant et de l'adopté son régies par leur loi personnel respective...". *Revue critique de droit international privé*, 1970, p. 843. Citado por Angelo Davi, ob. cit., p. 162, nota 113.

tos que no se refieren a intereses independientes y tocan el orden público (vgr. la admisión de adopción de mayores, la exigencia de la diferencia de edad entre las partes, ciertos impedimentos, las formalidades, etc.).

El método señalado funciona respetando dos premisas básicas: a) que sólo los derechos personales de las partes sean considerados, y b) que lo sean en pie de igualdad, con el mismo valor. Los autores combinan ambas premisas y normalmente respetan la primera (sobre todo si lo exige su derecho positivo) y modifican con distintas variables la segunda: en vez de aplicar ambos derechos llamados en pie de igualdad, dan prioridad a uno de ellos.

Una curiosa solución, inspirada en el principio *favor adoptionis* sostiene Lapajne (*Le droit international privé en matière d'adoption*, citado por De Nova, ob. cit., p. 104): "La ley nacional de cada parte debe aplicarse distributivamente cuando sea posible... Si una de las normas en conflicto no permite la adopción, esto no evitará que tenga lugar. Es suficiente que la otra ley conectada la permita".

En cuanto al derecho español, se ha inclinado al criterio distributivo desigual (acogiendo la solución del art. 22, disp. prel., del Código Civil alemán, en su versión bilateralizada). Así, el art. 9, par. 5 del nuevo título preliminar del Código Civil, con texto aprobado por decreto 1836/1974.

Anteriormente, ya era ésta la postura sostenida por la doctrina:<sup>69</sup> "Lo referente a la capacidad y condiciones de fondo de la adopción debe someterse a lo que dispongan las respectivas leyes nacionales de los sujetos interesados... Por lo que atañe a los efectos que dimanen de la misma, es obligado atenerse a lo que dispone la ley nacional del sujeto adoptante".

Normalmente en las normas positivas no se mencionan los "efectos" de la adopción sino solamente el derecho aplicable a la creación de la relación, o al reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero, o se habla de modo general del "derecho aplicable a la adopción". En el punto II.2 hemos comentado el art. 23 del Tratado de Montevideo, de 1940, y el alcance con que comprendemos el término "efectos".

Algunos autores distinguen el derecho aplicable a los requisitos de validez y el derecho aplicable a los efectos de la relación adoptional. No hemos seguido esta metodología por compartir el criterio de quienes propugnan que un único derecho (o combinación de ellos) rija tanto la creación como los efectos de la adopción (repudio de la *grande coupure*). No se trata de una "laguna de regulación",<sup>70</sup> sino del convencimiento que debe procurarse la mayor coherencia posible en la solución de todo el caso multinacional. La adopción válida como cuestión condicionante de las pretensiones sucesorias del adoptado, será el tema del punto III.

<sup>69</sup> GERMÁN GAMBÓN ALIX, "Conflictos de leyes en materia de adopción", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1958, p. 525.

<sup>70</sup> Sostiene Angelo Davi, ob. cit., p. 49, refiriéndose a la Convención sobre autoridad competente, ley aplicable y reconocimiento en materia de adopciones internacionales de la Conferencia de La Haya de DIPr de 1965: "La Conferenza è stata costretta a rinunciare ad inserire nel progetto qualsiasi disposizione rotativa alla legge regolatrice degli effetti dell'adozione. Se tratta certamente della lacuna più grave della Convenzione".

### C) Sistema de los países del common law

Los países del *common law* tratan el problema de modo diferente de los criterios vistos en los países continentales. El tema se plantea en términos de jurisdicción y no de elección de derecho, sometiendo siempre la constitución de la relación a la norma interna del ordenamiento al cual pertenece la autoridad competente.

La aplicación exclusiva de la *lex fori* depende del hecho de que las Cortes del *common law* tienden a calificar las condiciones en base a las cuales se pone en marcha el procedimiento jurisdiccional constitutivo de la relación no como atinentes al derecho sustancial, sino al "procedimiento" (y es un principio elemental que el procedimiento es gobernado por la *lex fori*).

La exclusión de la aplicación del derecho extranjero obedece a consideraciones de carácter histórico. Mientras que en los países continentales la distinción entre conflicto de leyes y conflicto de autoridad se afirmó desde la época medieval,<sup>71</sup> en Gran Bretaña el rápido proceso de unificación del derecho (en vez de variedad de costumbres franco germanas y de estatutos comunales) hizo que el único problema fuera el de autoridades competentes.

Así no ha afianzado el concepto de "estatuto personal" que conduce a sustituir la *lex fori* por la ley de la nacionalidad o del domicilio de las partes. Por el contrario, los países anglosajones niegan el criterio de la nacionalidad por considerarlo de naturaleza formal. Estos países tienen una regla más restrictiva: para que se dé una orden de adopción en Gran Bretaña, es necesario que el adoptante sea domiciliado o residente en el Estado del foro y que el adoptado tenga la misma residencia. El criterio de la residencia o domicilio implica la presencia del sujeto (o sujetos) en el territorio del Estado cuyo órgano es llamado a pronunciarse. La excesiva severidad de esta regla fue modificada por una orden emanada en 1973 del Secretario de Estado, que establece un sistema de "determinación administrativa" de las adopciones extranjeras susceptibles de ser reconocidas en Gran Bretaña.<sup>72</sup>

Se parte de la base que el adoptante debe domiciliarse en Inglaterra para que la adopción sea procedente. Si el niño se domicilia en el extranjero, la Corte no se pronunciará afirmativamente a menos que la adopción satisfaga las exigencias de la ley del domicilio del menor.

En esta interpretación la ley propia de la adopción continúa siendo la *lex fori* (domicilio del adoptante), pero el derecho del Estado al cual pertenece (criterio del domicilio) el niño, adquiere una cierta competencia en materia de consentimiento.

### D) Normas convencionales internacionales

En la décima Sesión de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se aprobó (el 28-10-1964) un Proyecto de Convención sobre

<sup>71</sup> A. BOGGIANO, *Del Viejo al Nuevo Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 4 a 13.

<sup>72</sup> ANGELO DAVI, ob. cit., p. 41, nota 56. Las adopciones constituidas en numerosos países del Commonwealth y 22 estados miembros de la Conferencia Permanente de La Haya, son automáticamente reconocidas en Gran Bretaña.

autoridad competente, ley aplicable y reconocimiento de adopciones internacionales.<sup>73</sup>

La misma establece que es competente para resolver una adopción internacional la autoridad de la "residencia habitual" del adoptante o de la residencia habitual común de los cónyuges adoptantes, o bien la autoridad del Estado del cual es nacional el adoptante o del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges adoptantes. La regla general sobre derecho aplicable (art. 4º) es que la autoridad competente según la Convención aplica su propia ley interna. Se contemplan dos excepciones: la primera consiste en el hecho de que la autoridad competente en base al criterio de la residencia, debe respetar cierto tipo de prohibiciones contenidas en la ley nacional del adoptante o de la nacionalidad común de los cónyuges adoptantes, cuando esta prohibición haya sido objeto de la declaración prevista en el art. 13 de la Convención. Tal artículo establece que todo Estado contratante puede efectuar —al momento de la firma, ratificación o adhesión— una declaración que indique ciertas prohibiciones<sup>74</sup> que deben ser respetadas por la autoridad extranjera competente en base al principio de la "residencia habitual".

La segunda excepción a la regla de aplicación de la *lex fori* consiste en que la autoridad que se pronuncia sobre la adopción debe aplicar la ley nacional del adoptado a las exigencias relativas al consentimiento.

Por lo tanto, a pesar de la aparente simplicidad de la regla general, la Convención en realidad establece una aplicación distributiva de la *lex fori* y de la ley nacional del adoptado, además de una forma particular de acumulación —eventual— de la *lex fori* y de la ley nacional del adoptante.

No comparto el criterio de aplicación de la ley del foro, ni el punto de conexión "residencia habitual"<sup>75</sup> como determinante de la jurisdicción y

---

<sup>73</sup> La Convención ha entrado en vigor el 23/10/1978 y ha sido ratificada solamente por tres países: Austria, Suiza y Gran Bretaña.

<sup>74</sup> Según el artículo 13 estas prohibiciones pueden referirse a la existencia de descendientes del adoptante, a la adopción unipersonal, a la diferencia de edades entre las partes, a la existencia de vínculo sanguíneo entre adoptado y adoptante, etc. Puede verse YVON LOUSSOUARN, "La Xème Session de la Conférence de La Haye de DIPrivé". *Journal du Droit International*, 92ª Année, 1965, nº 1.

<sup>75</sup> El punto de conexión "residencia habitual" o, con mayor precisión "residencia estable", referido al menor, indica la tendencia a atribuirle un domicilio propio, autónomo, independiente del de sus representantes legales, a efectos de una más eficaz protección. Así, fue adoptado por la Convención concerniente a autoridad competente y derecho aplicable en materia de protección de menores, aprobada en la Novena Sesión (octubre de 1960) de la Conferencia de La Haya de DIPr. En cuanto al concepto: "*C'est une motion de fait, visant le centre effectif de la vie du mineur, et ceci surtout par rapport à d'autres lieux de résidence, qui pourraient entrer en ligne de compte. Ce critère permet aux autorités d'apprécier librement les faits de la cause pour déterminer le lien le plus effectif qu'a le mineur avec une société et un ordre juridique donnés.*" (Informe de Werner von Steiger, Actes et Documents, 1960). El tema se puede profundizar en "La protection des Mineurs en DIPr", de W. von Steiger, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 112, pp. 470 a 525.

Este mismo criterio es el adoptado en el Convenio con la República Oriental del Uruguay sobre restitución de menores indebidamente sustraídos, suscrito el 31-7-81 y

del derecho aplicable, ni la inclinación hacia el principio de la nacionalidad.<sup>76</sup>

Con su reducido número de países ratificantes, la Convención nos habla de la dificultad de lograr consenso entre los diversos puntos de vista de los Estados nacionales. También nos señala la preocupación por el tema del “reconocimiento” y el esfuerzo por buscar nuevas soluciones viables.

El doctor Antonio Boggiano propone la elección alternativa de los derechos domiciliarios del adoptado o del adoptante, con el fin de favorecer la validez del acto (*favor adoptionis*).<sup>77</sup>

La autoridad competente no debe dejar de considerar los derechos de ambas partes interesadas (tal como lo aplicaría el juez extranjero), especialmente si ello puede conducir a una mayor armonía en la solución del caso. Tampoco puede prescindir de la comparación de las soluciones de fondo proporcionadas por los derechos materiales conectados.

Sin embargo, en tanto no pueda avanzarse en una mayor aproximación de las legislaciones nacionales en materia de adopción, los problemas seguirán siendo arduos en el campo del DIPr.<sup>78</sup>

### E) Urgencia latinoamericana

No es posible concluir un estudio comparativo, por limitado que sea, sin hacer referencia al panorama en el Derecho Internacional Privado de los países latinoamericanos. Frente a las numerosas fuentes que nos permiten acce-

---

aprobado por ley 22.546 (art. 5º, s/competencia judicial). Dicho Convenio regla medidas urgentes, de carácter fundamentalmente procesal, que no importan prejuzgamiento sobre la determinación definitiva de la guarda del menor (art. 11).

En los casos citados entiendo que el punto de conexión “residencia habitual” es un logro que beneficia los intereses del menor, pues se trata de medidas urgentes. (Cfr. art. 30 del Tratado de Montevideo, de 1940; arts. 24 y 6. del Tratado de Montevideo, de 1889). Por el contrario (además de tratarse aquí de la residencia habitual del o de los adoptantes), la adopción establece un vínculo paterno-filial que afecta el emplazamiento de estado de las personas y entraña transformaciones esenciales en cuanto a la patria potestad. Por lo tanto, estimo que no puede dejarse de considerarse el derecho del domicilio del menor (esto es, de sus representantes legales) aun cuando sea a los efectos de compararlo con el derecho del domicilio del adoptante, con el fin de elegir el derecho que mejor proteja los intereses de la parte que se procura favorecer.

<sup>76</sup> Dice el profesor Henri Batiffol (ob. cit., p. 90): “*La Convention de La Haye du 35 novembre 1965* —fecha en que se abrió a la firma— *soumet les conditions de l'adoption à la loi de l'autorité saisie —celle de la résidence habituelle ou de la nationalité du ou des adoptants— sans avoir pu cependant éliminer toute influence de la loi personnelle*”.

<sup>77</sup> A. BOGGIANO *Derecho Internacional Privado*, Depalma, 1983, t. I, 2ª ed., p. 491. “...una norma de conflicto materialmente orientada hacia la mayor tutela del menor puede construirse con un punto de conexión alternativo, permitiendo a quien invoca la adopción basarse tanto en el derecho del adoptante como en el suyo”.

<sup>78</sup> El 26 de abril de 1968 entró en vigor la Convención europea en materia de adopción de menores, elaborada por una Comisión *ad hoc* convocada por el Consejo de Europa. Al 1º de marzo de 1980 los países ratificantes son: Italia, Malta, Reino Unido, Irlanda, Suecia, Suiza, Noruega, Dinamarca. Se trata de la unificación de algunos principios de fondo correspondientes a un proceso espontáneo de evolución de las legislaciones europeas en materia de adopción. (ANGELO DAVÌ, ob. cit., p. 53).

der a los sistemas de los países continentales, son escasos los trabajos que nos brindan una visión del estado actual del problema en nuestros países. Tal vez deba tomarse como indicio de la necesidad de desarrollo de la Ciencia del Derecho Internacional Privado, en general, y de instituciones sociales como la adopción, en particular.

Especialmente en tiempos en que las condiciones de pobreza, las guerras internas y demás calamidades, nos enfrentan con numerosos niños carenciados y sujetos a distintas migraciones.

Un elevado número de países de Centro y Sudamérica (Bolivia, Brasil, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y Venezuela) se encuentran vinculados por el Código Bustamante (La Habana, VI Conferencia Interamericana, 1928), del cual Argentina no forma parte.

Este instrumento (que ha cumplido ya más de medio siglo) establece en principio que "cada Estado contratante aplicará como *ley personal* la ley del domicilio o la ley de la nacionalidad o aquella que hubieran adoptado o adoptaren más tarde en su legislación interna".

Como las cuestiones relativas al estatuto personal afectan frecuentemente a la vez a varias personas, el Código especifica algunas conexiones relevantes. Así, la patria potestad y la tutela son regidas por la ley personal del menor. Las disposiciones referentes a la adopción son las siguientes:

Art. 73: La capacidad para adoptar y ser adoptado y las condiciones y limitaciones de la adopción se sujetan a la ley "personal" de cada uno de los interesados.

Art. 74: Se regula por la ley personal del adoptante sus efectos en cuanto a su sucesión, y por la del adoptado lo que se refiere a su apellido y a los derechos y deberes que conserva respecto de su familia, así como a su sucesión respecto del adoptante.

Art. 75: Cada uno de los interesados podrá impugnar la adopción de acuerdo con las prescripciones de su ley personal.

Art. 76: Son de orden público internacional las disposiciones que en esta materia regulan el derecho a los alimentos y las que establecen para la adopción formas solemnes.

Art. 77: Las disposiciones de los cuatro artículos precedentes no se aplicarán a los Estados cuyas legislaciones no reconozcan la adopción.

Se trata de un sistema de aplicación distributiva puro, cuyas desarmonías se agravan por la indeterminación de la "ley personal" (domiciliar o nacional, según los casos).

Algunos países, como Chile, han incorporado las disposiciones del Código Bustamante a su derecho interno (aprobado por el Congreso Nacional chileno el 10-4-1934, como Ley de la República) con la reserva de que, ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o

futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros”.

Especial interés revisten las disposiciones de aquellos países no vinculados con la Argentina por los tratados de Montevideo, como el Brasil.

La ley de introducción al Código Civil brasileño establece que las cuestiones de derecho de familia se regirán por la ley del país en que la persona tenga su domicilio (art. 7º). No contiene normas de DIPr de fuente interna referidas a la adopción. En cuanto a su legislación de fondo, el parentesco se limita a adoptante y adoptado (art. 376, C.C.) y no se extinguen los derechos y deberes que resultan de los lazos naturales (art. 378).

En el año 1964 el profesor Haroldo Valladã presentó al Ministerio de Justicia y Negocios del Interior, un Anteproyecto de “Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas” (Diario Oficial, del 15-5-64, Suplemento 92).<sup>79</sup> En el art. 16 sienta el principio fundamental: “Se aplican en forma directa o indirecta las normas de derecho brasileño en el exterior, y de derecho extranjero en Brasil, con el fin de garantizar la continuidad espacial de la vida jurídica de las personas, en virtud de las reglas de DIPr... salvo si dichos actos o las respectivas normas extranjeras contrarían el orden público”.

El art. 40 se refiere a la filiación: “La filiación en todas sus formas y los derechos y deberes de ella resultantes, se regirán según la ley más favorable al hijo, entre las leyes de la nacionalidad, del domicilio o de la residencia del padre, de la madre o del propio hijo”.

Extrañamente, y pese a la explícita intención de legislar en protección del débil y del incapaz (p. 100, ob. cit.), el Anteproyecto no incluye normas sobre adopción. En mi opinión, correspondería aplicar, por analogía, la citada norma del artículo 40, referente a la “filiación en todas sus formas”.

Dado los numerosos factores que repercuten negativamente en el núcleo familiar, aumentando las situaciones de desamparo de los menores, y la diversidad de las legislaciones de fondo de los países latinoamericanos,<sup>80</sup> parece impostergable procurar algunas líneas comunes que, a mi juicio, serían:

\* La naturaleza del vínculo que se constituye por adopción: aún nos encontramos con adopciones “débiles”, que asimilan al hijo adoptivo con el hijo natural, limitando los derechos y obligaciones a adoptado y adoptante. La duplicidad de vínculos familiares (entre el niño y su familia de sangre - entre el niño y sus padres adoptantes) parece, en el ámbito internacional, más ficticia, que en un plano puramente nacional. En las especiales circunstancias en que no convenga la ruptura de lazos con la familia biológica, quizá no sea conveniente la adopción misma.

<sup>79</sup> Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, año XXIX, oct.-dic. 1965, n° 4, pp. 97 y ss.

<sup>80</sup> En la parte IV de su trabajo *Amplitud y límites...*, el doctor Juan C. Smith brinda un panorama sobre las legislaciones de fondo de los países latinoamericanos en materia de adopción.

\* El emplazamiento en el estado familiar de hijo, asimilado al hijo legítimo, con un vínculo estable que lo incorpora a una familia, ámbito privilegiado de personalización.

\* El reconocimiento, como consecuencia lógica de esta inserción familiar, de derechos sucesorios entre adoptado y adoptante, sus descendientes, ascendientes y parientes colaterales, en equiparación a la vocación sucesoria del hijo legítimo (El fundamento de la transmisión hereditaria es la perpetuación del núcleo familiar).

\* Las debidas garantías en defensa de los derechos de los padres de sangre, que deben acompañar la constitución de un vínculo semejante. No son las situaciones de pobreza o ignorancia los presupuestos de una adopción, sino la exposición del menor a daño material y moral (aunque aquellas circunstancias pueden favorecer estas consecuencias). En el plano del DIPr esto exigiría una aproximación sobre la calificación del abandono.

\* La aplicación de los principios generales del DIPr (noción de fraude a la ley, cláusula de reserva de orden público) a fin de excepcionar situaciones consideradas irritantes a las distintas organizaciones familiares nacionales (vgr., adopción del propio hijo extramatrimonial; adopción conjunta por parte de concubinos, etc.).

\* La distinción entre institución de función tutelar que produce transformaciones profundas en el emplazamiento familiar, y las llamadas medidas tutelares urgentes (vgr., la restitución de menores indebidamente sustraídos), que también deben desarrollarse sobre la base de la cooperación internacional.

### III. LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y EL DERECHO SUCESORIO

La mayoría de los conflictos en materia de adopciones multinacionales se presentan con motivo de reclamos de derechos sucesorios. Desde el famoso caso "Grimaldi, Miguel A., s/suc." (fallo 26.360 Cám. Civ. 2ª Cap. Federal de fecha 22-12-1948, LL, 54-413) al más reciente fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa "Bayaud, Enrique, s/suc." (25-3-1981, ED, 94-62), las cuestiones siguen siendo complejas y no hay uniformidad jurisprudencial ni doctrinaria sobre los caminos para lograr la más justa solución del caso.

Los derechos sucesorios ¿deben considerarse comprendidos entre los efectos—quizá los más importantes— de la relación adoptional y gobernarse por la ley que rige la adopción? Si el causante menciona en el testamento a sus "hijos" o "herederos", ¿deben incluirse también los emplazados en el estado familiar de hijo por medio del vínculo legal de la adopción? ¿Cuál de los derechos—*lex adoptionis* o *lex successionis*— rige los alcances de ese emplazamiento en la sucesión intestada?

Las legislaciones de fondo de los distintos sistemas nacionales solucionan de diversa manera la vocación sucesoria de adoptado y adoptante.<sup>81</sup>

Las alternativas son múltiples: ¿los descendientes del adoptado concurren en representación a la sucesión del adoptante? ¿el adoptado o sus descendientes, gozan de derechos sucesorios en la sucesión de los ascendientes del adoptante? ¿el adoptado está llamado a suceder en la herencia de los parientes colaterales del adoptante?

Qué sucede si el adoptado en un país cuyo derecho admite la adopción y en donde se encuentra domiciliado, teniendo —según la *lex adoptionis*— vocación hereditaria, se presenta en la sucesión del adoptante regida por otro orden jurídico (el nacional del causante, el de su último domicilio, el del lugar de situación de los bienes relictos) que desconoce la institución adopcional o, aun admitiéndola, excluye de sus efectos los derechos sucesorios recíprocos de las partes en la sucesión intestada.

Supongamos el siguiente caso: una persona, fallecida con último domicilio en el Estado A, había adoptado un menor cuando ambos se domiciliaban en el Estado B. Posteriormente, trasladado el domicilio al Estado A, el causante había adoptado un segundo niño, domiciliado en dicho Estado A y conforme con su derecho. El adoptante fallece intestado, sin descendientes legítimos. El derecho del Estado A equipara al adoptado al hijo matrimonial y le concede igual porción legítima, en tanto el derecho del Estado B equipara al adoptado con el hijo natural y le reconoce la mitad de la porción que corresponde a un hijo legítimo. ¿Es justo que ambos adoptados reciban porciones diferentes en la herencia del padre adoptante, cuando ambos fundan su pretensión en vínculos similares?<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> En el derecho uruguayo, la ley 10.674, de 1945, que introdujo la legitimación adoptiva, establece una equiparación completa con la filiación legítima: (art. 4) "el menor objeto de la misma se reputará en adelante con los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido de matrimonio".

El derecho brasileño establece que el parentesco resultante de la adopción se limita a adoptante y adoptado (salvo a los efectos de los impedimentos matrimoniales —art. 476, C. Civil Brasileño—), no existiendo derecho de sucesión entre el adoptado y los parientes del adoptante (art. 1618, C.C. Brasileño).

El derecho mexicano confiere al adoptante los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y de los bienes de los hijos (art. 395, C.C.) y al adoptado los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo (396, C.C.). Sin embargo, el parentesco se limitará a adoptante y adoptado (art. 402, C.C.) excepto en cuanto a impedimentos matrimoniales.

El Código de la Familia de Costa Rica (ley 5476, del 21-12-73) distingue dos formas de adopción: la adopción simple crea entre adoptante y adoptado los mismos vínculos jurídicos que ligan a los padres con los hijos (art. 114), pero no existen vínculos entre adoptado y familia del adoptante ni entre éste y la familia de aquél (art. 115). En cambio, en la adopción plena, los adoptados entrarán a formar parte de las familias consanguíneas para todo efecto (art. 124).

En el derecho español la Reforma de la ley 7, del 4-7-1980 (Francisco de Asís Sancho Rebullida, Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1978, pp. 421 y ss.), intenta equiparar los hijos adoptivos a los legítimos y conferir a adoptado y adoptante las posiciones jurídicas correspondientes al hijo y al padre legítimos. Sin embargo, la concurrencia, a los efectos sucesorios, de hijos adoptivos con legítimos y con naturales reconocidos no deja de presentar dificultades interpretativas (ver. art. 179 y las disposiciones referentes a la mejora en la sucesión testamentaria).

<sup>82</sup> R. DE NOVA, ob. cit., p. 140.

Cuando un aspecto de un caso multinacional es lógicamente condición de otro, se considera al primero "cuestión previa".<sup>83</sup> El reconocimiento de una adopción válida es cuestión previa de la vocación sucesoria del adoptado. ¿Debe regirse la cuestión previa por el derecho que gobierna la cuestión principal o cada una tiene su propia autonomía y se gobierna por su propio derecho? Al respecto, es conocida la elaboración doctrinaria sobre las teorías de la jerarquización y de la equivalencia.<sup>84</sup>

Sobre el tema, ha dicho la doctrina: "Al parecer, cuando nuestro legislador manda aplicar el derecho elegido en la norma de conflicto a una cuestión descripta en el tipo legal, no quiere decir que ese derecho elegido se aplique también a otra cuestión (incidental) descripta en el tipo legal de otra norma de conflicto, que elige otro derecho aplicable. Consiguientemente, puede afirmarse que a falta de regulación especial de las cuestiones conectadas, el legislador ha querido resolverlas independientemente sometiéndolas a sus respectivos derechos elegidos (*lex causae*) en los diversos tipos legales que ha construido".<sup>85</sup>

La propuesta de Enmienda al Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, elaborada por la delegación argentina —Comisión II— (CIDIP II, 1979. Ver estudio del doctor W. Goldschmidt en ED, 83-833 y ss.), resolvía expresamente: "Las cuestiones previas o incidentales y la cuestión principal se registrarán independientemente por sus respectivos derechos aplicables según las normas de DIPr del juez de la causa. Si se produjesen resultados contradictorios o irrazonables por las aplicaciones parciales de distintos derechos materiales, los jueces podrán adaptar los derechos en cuestión para alcanzar una solución coherente o razonable".

Al respecto, sostiene el doctor Ernst Rabel:<sup>86</sup> "La ley que gobierna la adopción determina cuándo cierta persona es un adoptado".

Una persona, por tanto, hereda como adoptado bajo dos condiciones: a) que sea adoptado válidamente de acuerdo con la *lex adoptionis* y b) que la *lex successionis* reconozca derechos sucesorios al adoptado. Cada derecho gobierna

<sup>83</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 100.

<sup>84</sup> De acuerdo con la teoría de la jerarquización puede establecerse el predominio de uno de los derechos aplicables sobre la base de: a) el criterio lógico: el problema condicionante prevalece sobre el condicionado, es decir, la *lex adoptionis* prevalece sobre la *lex successionis*; y b) el criterio procesal: determina el derecho la cuestión que aparece en la petición de la demanda, en nuestro caso, la *lex successionis*. De acuerdo con la teoría de la equivalencia ambos problemas están en pie de igualdad y deben resolverse cada uno por su derecho propio, que es el derecho llamado por el DIPr del juez de la causa para resolver el caso en conflicto. (W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., pp. 104 a 108, ED, 94-62 y ss.).

La sentencia recaída en el caso "Prieto, Rufina Barazal de v. Barazal, María E. Rivada de", fallado por la Cám. 1ª, sala 2, de La Plata, fallo 7090, de mayo 7-1963 (JA, 63-IV-91 y ss.) recurre a la teoría de la equivalencia, aplicando la validez de la adopción su "propio derecho" (el derecho español) y a los derechos sucesorios la *lex successionis* (DIPr argentino —art. 3283, C.C.— por último domicilio del causante en la República y lugar de situación de los bienes relictos).

<sup>85</sup> A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, 1978, p. 121.

<sup>86</sup> ERNST RABEL, ob. cit., p. 653.

su aspecto del caso y sólo ese aspecto. Los dos derechos se complementan sin superponerse.

Dicho de otro modo: si ninguna adopción válida ha tenido lugar conforme al o a los derechos aplicables a la adopción en cuestión, o si el adoptado no es considerado heredero conforme con el derecho que gobierna la sucesión, entonces, no hay posibilidad de que el adoptado suceda al causante.<sup>87</sup>

La distinción es aparentemente nítida, sin embargo, la solución de los casos reales es compleja. Quiero destacar el segundo párrafo del artículo propuesto por la delegación argentina como Enmienda al Proyecto del Comité Jurídico Interamericano sobre Normas Generales de DIPr, ya citado, que nos introduce en el tema de la adaptación frente a resultados incoherentes derivados de la aplicación de más de un derecho.

Este criterio hubiera permitido arribar a una solución más justa en el caso Grimaldi. La sentencia de 2ª Instancia aplica a la cuestión previa, la validez de la adopción, su propio derecho, es decir el derecho italiano. A la cuestión principal (la sucesión al patrimonio del causante) aplica el derecho argentino. "La sucesión y la herencia de bienes reales se rigen exclusivamente por la ley del país en el cual están situados. Ninguna persona puede heredar sino las que están reconocidas como herederos legítimos por las leyes de ese país y éstas heredan en la proporción y en el orden en que prescriben las leyes". "Llego a la conclusión de que la hija adoptiva, pese a la vocación hereditaria que le he reconocido, no puede hacerla valer en el país con respecto al bien inmueble de la sucesión, desde que nuestra ley no le reconocía derecho hereditario a la fecha de apertura de la misma" (LL, 54-424. Muerte del causante en 1943).<sup>88</sup>

Lo que intento poner en evidencia es que la fidelidad a una teoría doctrinaria, tanto sea la de la jerarquización como la de la equivalencia (con la superioridad que reconocemos a esta última), no puede reemplazar la necesidad de adaptación por parte del juez en procura de una solución equitativa.

Los desequilibrios no se deben a una técnica defectuosa de las normas de DIPr, sino al hecho de que cada sistema legal es un todo coherente. La aplicación de diferentes derechos a un caso (o elementos de un caso) multinacional, suele exigir un proceso de adaptación que se presenta, tal vez, con mayor frecuencia en materia de adopción que en otros campos del derecho privado, dada la variedad de concepciones que el instituto históricamente ha tenido y, en parte, aún conserva.

Ya sea concebida como una hipótesis peculiar de adaptación o como un fenómeno independiente pero igualmente vinculado a los problemas de elec-

<sup>87</sup> DE NOVA, ob. cit., p. 143.

<sup>88</sup> Ver interesantes comentarios en W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., 4ª ed., p. 103, nº 116 y A. BOGGIANO, ob. cit., p. 308. De acuerdo con este autor, debería haberse calificado la cuestión principal (vocación sucesoria del adoptado) "como aspecto comprendido en la cuestión previa (validez y efectos de la adopción). Consiguientemente resultaría aplicable a la vocación sucesoria el derecho italiano, armonizándose la solución material del caso"... "Otro camino sería colmar la laguna que se abre en el derecho sucesorio argentino... recurriendo al derecho sucesorio más próximo al caso que tenga legislada la adopción (en el caso, el derecho italiano)."

ción de derechos, llamada "sustitución" tiene estrecha relación con las cuestiones que se presentan con motivo de las adopciones multinacionales. De todos modos —sustitución, transposición— son categorías conceptuales no bien delimitadas por los autores,<sup>89</sup> que persiguen reconciliar las soluciones adoptadas por los distintos sistemas legales conectados al caso.

Supongamos el siguiente caso de sustitución: una sucesión intestada es gobernada por un sistema jurídico que equipara los hijos adoptivos a los legítimos, adjudicándoles porciones iguales. Si el causante ha adoptado a un niño conforme a otro sistema jurídico extranjero que no reconoce derechos sucesorios recíprocos, salvo en el caso de institución testamentaria, aun cuando la adopción sea reconocida como válidamente celebrada por el derecho que gobierna la sucesión, parece razonable examinar si esa adopción extranjera representa un sustituto equivalente de la también llamada adopción por el derecho que rige la sucesión. Esta equivalencia no está necesariamente asegurada por la circunstancia de que ambos sistemas legales admiten el instituto de la adopción, pues éste se regula de manera muy diferente de un ordenamiento jurídico a otro. ("En ocasiones, hasta llegar a hacer inconveniente el intercambio"<sup>90</sup>).

\* La hipótesis más simple se presenta cuando la ley que regula la cuestión principal conoce la distinción entre adopción de tipo fuerte (adopción plena del derecho argentino, *plénière* del derecho francés, especial del derecho italiano, adopción legitimante o legitimación adoptiva, etc.) y adopción de tipo débil. La relación adoptiva extranjera puede normalmente sustituirse al tipo correspondiente de la *lex causae*, toda vez que ésta dispone un tratamiento diferenciado para las dos especies de adopción.

\* Es más conflictivo el supuesto en que la ley que gobierna la sucesión prevé un solo tipo de adopción (plena o fuerte) y la relación constituida según el derecho extranjero corresponde a una adopción débil. Parecería que ésta no puede producir en el ámbito de la *lex causae* los efectos que presuponen la atribución al adoptado del emplazamiento en el estado de hijo legítimo. (Cfr. caso "Shaver v. Nash", fallado por la Suprema Corte de Arkansas).<sup>91</sup>

\* La hipótesis inversa ocurre cuando la ley que gobierna la sucesión prevé una adopción débil, mientras que la adopción extranjera es del tipo fuerte o legitimante. Cuando esta relación es "transferida o transpuesta" al ordenamiento jurídico que gobierna la sucesión, debería sustituirse por aquellas normas

---

<sup>89</sup> FRANÇOIS RIGAUX, "Le conflict mobile" —trata la sustitución y la transposición con motivo de los conflictos móviles— *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International Privé*, t. 117, p. 395.

<sup>90</sup> K. LIPSTEIN, "General Principles of Private International Law", *Recueil des Cours...*, t. 135, p. 208.

<sup>91</sup> *American Law Review*, 1931, p. 961, citado por A. Davi, ob. cit., p. 341, nota 105. El causante (en una sucesión regulada por el derecho de Arkansas) había adoptado un menor conforme al derecho de Texas que en esa época sólo contemplaba una simple *adoption as legal heir*.

que este último derecho dispone para el hijo legítimo, pues tal es el estado que corresponde al adoptado según el derecho extranjero.<sup>92 y 93</sup>

A mi modo de ver la base para aproximar las distintas regulaciones positivas se encuentra en la función social de la adopción —calificación por la función—. En su concepción, cada día más uniformemente reconocida, como instituto de derecho de familia, con finalidad tutelar hacia el menor carenciado.

Lo importante es su efecto típico e inmediato: el emplazamiento en virtud de un vínculo legal, en el *estado familiar del hijo*. Lógicamente, quedan al margen las situaciones que se constituyen en fraude a la ley. La admisión de la adopción habiendo descendientes legítimos, la equiparación entre adoptado e hijo legítimo o natural, la constitución de la relación por sentencia o acto administrativo, bajo las llamadas formas plenas o simples, son cuestiones complejas pero adaptables.

Lo que interesa proteger es una relación paterno-filial, que no puede ser tratada injustamente a la muerte de una de las partes, a través de conexiones de destrozo o de técnicas excesivamente rígidas, que desvirtúen el emplazamiento familiar en el que las partes han vivido.

Cuestiones muy interesantes se presentaron con motivo del caso "Bayaud, Enrique, s/suc.", fallado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires el 25-3-1981 (ED, 94-602 y ss. con nota del doctor W. Goldschmidt).

Se trataba de una niña francesa, Susana Lagarde, adoptada el 22-5-1962 ante el Tribunal de Pau, Francia, bajo la forma de adopción simple, que se presentó ante los tribunales argentinos a la sucesión del hermano de su madre adoptiva, Enrique Bayaud, fallecido en Pau, el 19-8-1975, dejando bienes inmuebles en la Provincia de Buenos Aires.

La Cámara 1ª de Apelación, sala 1ª, de La Plata, confirmó la sentencia de origen negando vocación sucesoria a Susana Lagarde Bayaud en la sucesión intestada de Enrique Bayaud, argumentando que el régimen de reenvío que establece el art. 32 de la ley 19.134 está referido exclusivamente al conjunto de derechos y deberes del adoptado y adoptante entre sí (es decir, no incluye los derechos sucesorios entre otros parientes). De conformidad con los

---

<sup>92</sup> La forma llamada adopción plena favorece la transposición de un sistema jurídico a otro, pues todo ordenamiento contiene normas relativas a la filiación legítima.

<sup>93</sup> El caso "Marshall", fallado por las Cortes inglesas, dio lugar a interesantes distinciones. El testador falleció en Inglaterra, en 1945. Por una cláusula testamentaria, llamada a entrar en vigor a la muerte de su esposa (ocurrida en 1955), beneficiaba a M. Charles Stansfeld Jones. Este falleció dejando un hijo, adoptado en 1945, según el derecho de la Columbia Británica, que asimilaba al adoptado con el hijo legítimo, inclusive en cuanto a los derechos sucesorios.

La Corte Británica entendió que el testamento se regía por el derecho inglés y que en el *common law* el término *issue* significaba "hijo nacido de matrimonio legítimo" y no hijo adoptivo. (Debemos tener presente que el Acta de Adopción de 1950 no reconocía adopciones conferidas en el extranjero). El autor B. D. Inglis sostiene que lo importante es que el niño había adquirido el estado de hijo legítimo según el derecho correspondiente de la Columbia Británica. "*The child should have been held entitled to take because he was legitimate, not because he was adopted*". ("Adoption, the Marshall Case and the conflict of laws", *The Canadian Bar Review*, vol. 35, nº 9, nov. 1957, p. 1035).

dispuesto por el art. 20 de la ley 19.134, afirmó que la adopción simple no crea vínculo de parentesco entre la adoptada y los parientes de sangre del adoptante, quedando excluida Susana Lagarde Bayaud de la línea colateral.

Con referencia al fallo de la Suprema Corte, que revoca la sentencia de la segunda instancia, el profesor Goldschmidt (ver “¿Hereda la francesa adoptada en Francia por adopción simple el inmueble argentino del hermano de su madre adoptante?, ED, 94-602, 606) manifiesta: “la sentencia anotada contribuye al progreso de la Ciencia del DIPr...”, “...esquiva hábilmente el escollo del art. 10, C.C. y entrega a Susana Lagarde Bayaud lo que le corresponde”.

Queremos detenernos en cuatro puntos:

a) *Validez de la adopción conferida en Francia en 1962*

La sentencia aplica como norma de DIPr. del juez<sup>94</sup> el art. 32 de la ley 19.134 que remite al derecho del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción: es decir, al derecho francés de 1962, época en que la niña fue adoptada.

Creo pertinente la distinción entre aplicación inmediata a “las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes” y aplicación retroactiva de la ley 19.134 (B.O. 29-7-1971) y, por tanto, la validez de una adopción conferida en el extranjero en 1962 no se rige por la citada norma, sino por la aplicación analógica (ante la laguna normativa de la ley 13.252) del art. 23 del Tratado de Montevideo, de 1940 (ratificado por nuestro país en 1956).<sup>95</sup> Es decir, la acumulación de los derechos domiciliarios de ambas partes. En el caso, por radicarse los domicilios de adoptante y adoptado en Francia, el derecho que rige la validez de la adopción es el derecho francés, arribando en consecuencia al mismo resultado que el fallo de la Suprema Corte.

b) *Emplazamiento de la adoptada*

En 1962, de acuerdo con el derecho francés vigente (art. 356, Code Civil anterior a la reforma de la ley 66-500), el adoptado y sus descendientes legítimos gozaban de los mismos derechos que los hijos legítimos solamente en la sucesión del adoptante, sin corresponderle ningún derecho sobre los bienes de los ascendientes del adoptante (y menos aún, de los parientes en línea colateral).

Este régimen se modificó por ley 66-500 del 11-7-1966, que introdujo la forma denominada *adoption plénière*, manteniendo, con modificaciones, la forma de adopción simple.

En virtud del art. 13 de la propio ley<sup>96</sup> las adopciones anteriormente pronunciadas gozaron de los mismos efectos reconocidos a la adopción simple.

<sup>94</sup> Los tribunales argentinos tienen jurisdicción internacional en razón de la fuerza localizadora del “lugar de ubicación de los bienes relictos”. Por otra parte, la competencia del juez del último domicilio del causante no es exclusiva y, por el principio de efectividad, es razonable haber iniciado el juicio sucesorio ante los jueces nacionales.

<sup>95</sup> Criterio del caso: “Oreiro Miñones, José, s/suc.”, citado por A. Boggiano, ob. cit., pp. 294 y ss.

<sup>96</sup> Art. 13: “L’adoption antérieurement prononcée emporte, à compter de l’entrée en vigueur de la présente loi, les mêmes effets que l’adoption simple”.

Entre estos efectos, especialmente nos interesa el nuevo art. 368 (del capítulo de adopción simple), que incorpora al adoptado en la familia del adoptante con los mismos derechos sucesorios que los hijos legítimos (sin la calidad de *réservataires*).<sup>97</sup>

Para dar una idea más acabada del emplazamiento que recibió la adoptada, señalamos: los derechos de patria potestad son ejercidos en las mismas condiciones que respecto a los hijos legítimos (art. 365); la administración legal y la tutela del hijo legítimo se aplica al adoptado (365); el lazo de parentesco resultante de la adopción se extiende a los descendientes del adoptado (366) y, sobre todo, el citado art. 368.

Lo que nos interesa destacar es que el vínculo legal creado por la adopción simple en el sistema jurídico francés aplicable al caso Susana Lagarde Bayaud, emplaza a la adoptada en el *estado familiar de hija*, asimilada a la filiación legítima.

### c) *Vocación de la adoptada en la sucesión intestada del tío adoptivo*

Planteada la causa ante tribunales argentinos, la norma de DIPr aplicable es el art. 3286 C.C.: "La capacidad para suceder es regida por la ley del domicilio de la persona al tiempo de la muerte del autor de la sucesión". Como en 1975 (fecha del fallecimiento de Enrique Bayaud) la adoptada se domiciliaba en Francia, el derecho aplicable es el derecho francés (art. 368 C.C. que reconoce vocación sucesoria al adoptado en la sucesión de sus parientes colaterales).

Queremos señalar la diferencia metodológica que consiste en resolver cada cuestión (la condicionante y la condicionada) por su propio derecho, conforme a las normas de DIPr de juez de la causa. Otro criterio, como se ha dicho, consiste en someter el estatuto sucesorio a la ley que rige la validez de la adopción (considerar comprendido el estatuto sucesorio en los alcances del art. 32 de la ley 19.134, como uno de sus "efectos", gobernado por el derecho del domicilio del adoptado al momento de la adopción).

En el primer caso nos ubicamos al tiempo del fallecimiento del causante; en el último, al momento en que se constituye la relación adoptional. Esta distinción puede ser decisiva, sobre todo en una institución que evoluciona hacia la equiparación de la filiación adoptiva con la filiación legítima, tendencia que hace factible que entre una y otra fecha, el Estado implicado modifique su legislación de fondo sobre adopción.

En el caso Bayaud, entre 1962 (fecha del otorgamiento de la adopción en el extranjero, según el art. 32, ley 19.134) y 1975 (fecha en que la sucesión se difiere, conforme al art. 3286, C.C.), la legislación de fondo se modifica profundamente con la ley 66-500, de 1966. Si bien el art. 13 de dicha norma hace inoperante la reflexión para el caso, nos interesa destacar la validez de la distinción metodológica.

---

<sup>97</sup> Art. 368: "*L'adopté et ses descendants légitimes ont dans la famille de l'adoptant les mêmes droits successoraux qu'un enfant légitime sans acquérir cependant la qualité d'héritier réservataire à l'égard des ascendants de l'adoptant*".

#### d) Derecho de sucesión al patrimonio del causante

Este punto nos enfrenta con el tema de la unidad o pluralidad sucesoria. La Corte se plantea dos cuestiones: a) el alcance del reenvío del art. 32, de la ley 19.134 —este criterio significa considerar comprendido el estatuto sucesorio en el estatuto de la adopción— y b) los efectos del reenvío citado en armonía con el art. 10 del Código Civil.

La opinión minoritaria (voto del doctor Larrán) destaca la importancia del art. 10, C.C. como excepción a la regla del art. 3283, C.C. que sienta el principio de la unidad sucesoria.

La opinión mayoritaria (voto del doctor Ibarlucea, h.) no admite que el art. 10 sea un obstáculo para la aplicación en el país del art. 368, C.C. francés, en la redacción que le asignó la ley 66-500. En síntesis, creemos que aplica el siguiente esquema: DIPr del juez de la causa (art. 10, C.C.) que remite al art. 32, ley 19.134, y éste a su vez al art. 368, C.C. francés.

Nos interesa destacar en la opinión mayoritaria la distinción referida a la calificación de la adopción conforme al derecho francés (y no según la *lex civilis fori*): "...la similitud de denominación no puede ser obstáculo para el reenvío que autoriza el art. 32 de la ley 19.134".

La norma de DIPr del juez de la causa aplicable al derecho de sucesión al patrimonio del causante es el art. 3283, C.C.: "El derecho de sucesión al patrimonio del difunto es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros".

Nuestro DIPr nos remite al DIPr del último domicilio del causante, es decir, al "derecho" francés. Debemos examinar qué concepto de herencia internacional tiene el DIPr francés.<sup>98</sup> Según el sistema francés, en los casos internacionales impera una concepción fraccionadora de la sucesión internacional, distinguiéndose la transmisión de inmuebles y de muebles como "patrimonios separados".<sup>99</sup>

"El sistema positivo francés es netamente definido: las sucesiones inmobiliarias se rigen por la ley de la situación de cada inmueble... las sucesiones mobiliarias, por la ley del domicilio del difunto".<sup>100</sup>

Habiendo dejado Enrique Bayaud solamente bienes inmuebles ubicados en la Provincia de Buenos Aires, el DIPr francés del último domicilio del causante nos reenvía al derecho argentino (lugar de situación de los bienes inmuebles<sup>101</sup>).

<sup>98</sup> A. BOGGIANO, "Nuevas perspectivas en el derecho sucesorio internacional. Más allá de la unidad o pluralidad a través del reenvío". JA, 27-469 y ss., sec. prov.

<sup>99</sup> A. BOGGIANO, ob. cit., "Se trata de una concepción que funciona para el DIPr sucesorio de aquellos países y no para el derecho sucesorio interno", p. 470.

<sup>100</sup> HENRI BATIFFOL, *Droit International Privé*, cit., p. 304. ¿Cómo resolvería el juez francés? "La jurisprudence a fondé l'application aux successions immobilières de la loi de la situation sur un texte, l'article 3,2 C.C., aux termes duquel les immeubles même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française...". "...L'opinion subsiste cependant que le fractionnement de la dévolution entre autant de lois que de pays différents où sont situés les immeubles est un reliquat d'une époque où l'immeuble jouait un rôle qu'il a perdu aujourd'hui (pp. 307 a 309).

<sup>101</sup> "La metodología del reenvío persigue la mayor armonía posible de las decisiones nacionales internas en las causas internacionales". A. BOGGIANO, ob. cit., p. 471.

Corresponde, pues, aplicar derecho sucesorio argentino. ¿Cuáles son las normas de derecho sucesorio aplicables al caso?

La adoptada gozaba del emplazamiento en el estado familiar de hija (punto b), en situación análoga a la hija legítima (sobre la base del art. 368, C.C. francés). La adopción simple del derecho francés *no es*, evidentemente, sustituible por la igualmente denominada adopción simple del derecho argentino (art. 20 y ss., ley 19.134) que establece un vínculo notablemente más débil.

Si calificamos la adopción internacional por su función, ésta consiste en la incorporación de la adoptada en la familia del adoptante (incluyendo los parientes en línea colateral); transpuesta la institución al ordenamiento jurídico argentino, debemos recurrir a las normas referentes a los derechos sucesorios de los hijos legítimos, pues tal es el emplazamiento de que goza la adoptada.

Corresponde, pues, reconocer derechos sucesorios a Susana Lagarde Bayaud en la sucesión intestada de su tío adoptivo, por aplicación de los arts. 3445 y 3585, del Código Civil.

También por este camino habríamos alcanzado una decisión coherente y equitativa para el caso en conflicto.

#### IV. Conclusiones

Las instituciones de Derecho de Familia nos comprometen a balancear muy prudentemente el respeto a los elementos extranjeros del caso y el resguardo de los principios fundamentales de nuestra propia organización familiar.

Conscientes de la imposibilidad de alcanzar la uniformidad total (por las distintas valoraciones que son basamento de los diversos órdenes jurídicos materiales), es preciso, sin embargo, esforzarnos por la mayor armonía entre las expectativas razonables de las partes y las exigencias de la justicia.

Difícilmente podamos conformarnos con una aplicación puramente técnica de las normas de conflicto, con desinterés por la solución de fondo que proporcionan los derechos eventualmente conectados. Más aún, las propias normas de conflicto, que tradicionalmente se han considerado "neutrales" (en el sentido de un tratamiento igualitario de los derechos seleccionados según su método propio), van incorporando elecciones alternativas y factores de localización que incluyen *valoraciones materiales* (vgr. el interés del menor; la protección de la víctima, etc.<sup>102</sup>).

---

<sup>102</sup> Cfr. JEAN G.SAUVEPLANNE, "New Trends in Private International law", *Recueil des Cours de l'Académie de DI de La Haye*, 1982-II, t. 175, pp. 9-98, especialmente p. 49; H. BATIFFOL, "Le pluralisme des méthodes en Droit International Privé", en *Recueil des Cours...*, t. 139, pp. 75-148, esp. 132. Manifiesta este autor: "*Cette tendance se retrouve dans une autre Convention de La Haye, celle du 4-5-1971 sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière. On se rappelle que dans certaines limite son choix est accordé à la victime entre deux lois. C'est à dire que le point de départ de la tendance est une faveur à la victime. C'est une considération de fond ou matérielle et non de conflit*" (ob. cit., p. 133).

Ver A. BOGGIANO, *Derecho Internacional Privado*, p. 27 y *Del Viejo al Nuevo DIPr*, cit., p. 107 y ss. (notas 56 y 63). En el mismo sentido, Haroldo Valladão, en la exposición de motivos de su Anteproyecto Oficial de 1964: "En materia de DIPr el Anteproyecto deja a un lado los criterios simplistas y superados... buscando otros criterios menos lógicos pero más justos, equitativos, prácticos y efectivos... de la ley más favorable... al hijo, al incapaz, al que recibe alimentos..." (ver nota 79).

Algunas convenciones internacionales siguen esta tendencia de conexiones flexibles. Así, la Convención de La Haya sobre normas de Conflicto referentes a Disposiciones Testamentarias, del 5-10-1961, establece que una disposición testamentaria será válida en cuanto a su forma si satisface uno de los varios derechos indicados (engloba el lugar de redacción del testamento; el derecho del Estado de la nacionalidad del testador o del Estado de su domicilio o de su residencia habitual en el momento en que dispone, o en el momento de su muerte; el derecho de la ubicación de los bienes inmuebles). Al aplicar esta Convención el juez debe examinar estos derechos en el orden establecido en la norma hasta que ubique la ley que convalide la forma del acto.

También la Convención de La Haya sobre ley aplicable a obligaciones alimentarias (del 2-10-1973) establece que si un derecho aplicable (vgr. la ley de la residencia habitual del acreedor) no reconoce derecho a alimentos, el juez aplicará los derechos alternativos designados por la Convención, esperando que uno de ellos asegure el mantenimiento de quien es acreedor a los alimentos.

Esta tendencia se manifiesta asimismo en legislaciones nacionales que proporcionan la posibilidad de elección entre dos o más derechos sobre la base de favorecer determinada situación. Tal el caso del "Austrian Act on Private International Law" del 15 de junio de 1978, que incluye normas específicas *in favorem matrimonii, in favorem adoptionis*.

Si esta flexibilidad es utilizada para favorecer infundadamente la *lex fori*, se destruye el equilibrio entre derecho propio y derecho extranjero y se frustra la aspiración a la justicia.

En base a las consideraciones precedentes, formulamos las siguientes sugerencias:

\* Introducir una norma de jurisdicción internacional a favor de los tribunales del domicilio del adoptado o del lugar del otorgamiento de su guarda. Cuando estas conexiones se sitúen en la República, la jurisdicción será exclusiva con el fin de asegurar la protección de nuestros menores por nuestros jueces y el respeto a los principios de nuestra organización familiar (el juez de la causa siempre estará obligado por el orden público del foro). Cuando el domicilio del adoptado se localice en el extranjero, se admitirá la competencia concurrente de los tribunales del domicilio del adoptante, siempre que el derecho del domicilio del menor no reclame jurisdicción excluyente (Parte I).

\* Independizar juez competente y ley del foro. Respetar los elementos extranjeros de las adopciones que se confieran en el país; las mismas se registrarán por la pertinente norma de conflicto.

\* Gobernar la validez de la adopción con elementos extranjeros (requisitos sustanciales de la constitución de la relación) y sus efectos por un mismo derecho.

\* Ofrecer posibilidades alternativas en la elección de los derechos fundamentalmente interesados (derechos domiciliarios de adoptado y de adoptante) a fin de comparar las soluciones de fondo que proporcionan.

En la constitución de la relación se elegirá, alternativamente, la ley del domicilio del adoptado o la ley del domicilio del adoptante (al tiempo de la adopción), conforme al derecho que ofrezca la solución de fondo que más favorezca el *interés del menor*. (En determinadas circunstancias puede ser inconveniente la ruptura de lazos con la familia de sangre, o quedar el menor expuesto a cambio de nacionalidad, de religión, etc.).

El principio-guía se modifica en situaciones de reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero: se posibilitará la elección alternativa entre ambos derechos domiciliarios, de adoptado y adoptante, dando preeminencia a aquel que favorezca *la validez y estabilidad del vínculo* ya constituido.

\* Resolver explícitamente el discutido tema de la cuestión previa: La validez de la adopción y las pretensiones sucesorias del adoptado se gobernarán cada una por su propio derecho, conforme a las normas de DIPr del juez de la causa. Si la aplicación de distintos derechos materiales condujese a incoherencias, los jueces adaptarán los derechos en conflicto a fin de alcanzar una solución equitativa.

\* Atender a la función social del instituto (el emplazamiento del adoptado en el estado familiar de hijo), con el fin de posibilitar la adaptación de los distintos ordenamientos jurídicos.

Con relación a la participación de la familia de sangre del adoptado (las condiciones de pérdida de la patria potestad, la intervención de los representantes legales del menor en el juicio de adopción, o en un procedimiento previo, o en una declaración —judicial o administrativa— de “adoptabilidad”),<sup>103</sup> ¿es conveniente la incorporación de una norma material, especialmente creada para resolver este punto en los casos multinacionales?

Para evitar los efectos restrictivos de una elaboración puramente nacional, parece necesario el esfuerzo de aproximar internacionalmente las normas de fondo, al menos en el ámbito de algunos países y con referencia a ciertos principios simples pero fundamentales —tales como el tratamiento de la familia de sangre, cuando la hubiese y la asimilación del niño adoptivo al niño legítimo—. Esta equiparación constituye la consecuencia lógica del reconocimiento de la finalidad social de la adopción.

MARÍA SUSANA NAJURIETA

---

<sup>103</sup> Este problema tiene raíz constitucional dentro del derecho de familia, y su tratamiento con ligereza, en el campo del DIPr, puede conducir al retorno de la *lex fori*. (Fallo 22.584, CS, 13-4-1973), ED, 48-581, con nota del doctor Germán J. Bidart Campos: “...lo único que parece tener también arraigo constitucional es la necesidad de que a aquel representante legal —por ejemplo, el tutor— se le reconozca calidad de parte en el juicio de adopción del menor al que representa”, “...el consentimiento de los padres de sangre no es suficiente por sí solo ni automáticamente para que el juez conceda la adopción al hijo. También cuando voluntariamente los padres de sangre acceden a la adopción, debe el juez ponderar si es o no conveniente para el menor, y debe denegarla si estima que no lo es. La conformidad facilita la adopción, pero no la habilita directa ni ciegamente. Porque, en definitiva, adviértase que la patria potestad no se puede renunciar ni transar...” (p. 586, ob. cit.).

## INEXISTENCIA DEL ACTO JURÍDICO

### INTRODUCCIÓN

Pocas cuestiones han sido y son tan debatidas en derecho civil como la teoría de la inexistencia del acto jurídico, en parte —entendemos— por un inadecuado planteo de la cuestión discutida.

La doctrina de la inexistencia tiene nacimiento en la obra de Zacharie, obediendo a una razón eminentemente práctica.

En efecto: por imperio de la interpretación exegética del código civil francés, no se admitían otras nulidades que aquellas que expresamente establecía la ley, pero la realidad presentaba situaciones en que, por diversos motivos, era menester destituir al acto jurídico de los efectos que estaba llamado a producir.

Uno de tales casos era el del matrimonio contraído por personas del mismo sexo y es con respecto a esta hipótesis patológica que, para lograr la privación de efectos, Zacharie formula la tesis de la inexistencia: un acto tal no se reputa inválido —por oponerse a ello la interpretación literal de la ley— sino inexistente.<sup>1</sup>

Con posterioridad se produce la expansión de la teoría y, de abarcar solamente al matrimonio, pasa a alcanzar a todos los actos jurídicos en general, cuando carecen de un elemento substancial, con lo que la inexistencia pasa a ser —para los autores que la aceptan— un supuesto de ineficacia del negocio jurídico distinto de la invalidez.

### I. DERECHO COMPARADO

Resulta conveniente un somero análisis del derecho francés, italiano y español, por tratarse de regímenes jurídicos en los cuales —pese a no hallarse la inexistencia regulada con alcance general, ha sido admitida por una parte importante de la doctrina que, a su vez, ha influido sobre la jurisprudencia.

#### 1º) *Derecho francés*

La teoría de la inexistencia —esbozada por Zacharie— es extendida a todos los actos jurídicos por Demolombe<sup>2</sup> y, especialmente, por Aubry y Rau, quie-

<sup>1</sup> K. S. ZACHARIE, *Le droit civil français*, t. I, Paris, 1854, nº 35, p. 45.

<sup>2</sup> C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoleon. Traité des contracts*, t. XXIX, vol. 6, Paris, Auguste Durand-L. Hachette et Cie., 1860, nos. 1 a 15, pp. 3 a 12.

nes enseñan que “el acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza o su objeto, y en ausencia de los cuales es lógicamente imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo, sino como inexistente... La ineficacia de semejantes actos, que es independiente de toda declaración judicial, no se suple por la confirmación del acto, ni por la prescripción, pudiendo los jueces verificar su inexistencia aun de oficio”.<sup>3</sup> A esta posición adhieren el belga Laurent<sup>4</sup> y Toullier y Duvergier,<sup>5</sup> entre otros autores antiguos y modernos.

Una posición intermedia adoptan Colin y Capitant, pues, pese a reconocer que “teóricamente, la inexistencia de un acto jurídico es distinta de la nulidad absoluta”... No es necesaria, porque “para llegar al resultado querido hubiera bastado recurrir al principio de las nulidades virtuales”.<sup>6</sup>

En cambio, no admiten la categoría de la inexistencia, por considerarla comprendida dentro de la nulidad absoluta, Mourlon,<sup>7</sup> Planiol y Ripert<sup>8</sup> y también Ripert y Boulanger, quienes consideran que sólo podría hablarse de inexistencia en aquellos supuestos en que la nulidad “llega a un grado tan grande de certeza que resulta absolutamente inútil o irrazonable recurrir al juez”.<sup>9</sup>

## 2º) *Derecho italiano*

En la doctrina italiana, Betti concibe la distinción entre nulidad e inexistencia como “conceptualmente legítima”, porque “se ofrecen casos en los que puede hablarse de verdadera inexistencia jurídica del negocio que se ha pretendido realizar, en cuanto que no existe de él más que una vacía apariencia, la cual, si puede haber engendrado en alguno de los interesados la impresión superficial de haberlo realizado o asistido a él, no produce sin embargo y en absoluto, efectos jurídicos, ni siquiera de carácter negativo o divergente”,<sup>10</sup> y, en cuanto a la imposibilidad de asimilar la inexistencia a la nulidad, Santoro Passarelli agrega que “la inexistencia jurídica del negocio no puede resumirse en la noción de invalidez, puesto que sólo un negocio existente puede ser válido o inválido”.<sup>11</sup>

<sup>3</sup> C. AUBRY y C. RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. IV, París, Marchal, Billard et Cie., Imprimeurs-Editeurs, 1871, pp. 288/9.

<sup>4</sup> F. LAURENT, *Supplément aux principes de droit civil*, t. V, Bruselas, Brylant-Christophe et Cie., Editeur, 1903, nº 290, p. 210.

<sup>5</sup> C. B. M. TOULLIER y J. B. DUVERGIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, 6ª ed., t. VI, París, Jules Renouard et Cie., s/a, p. 17.

<sup>6</sup> A. COLIN y H. CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil*, t. I, Madrid, Reus S. A., 1922, pp. 179 a 182.

<sup>7</sup> F. MOURLON, *Repetitions écrites sur le deuxième examen de code Napoléon*, t. III, París, A. Maresq-Ainé, Librairie-éditeur, 1869.

<sup>8</sup> M. PLANIOL y G. RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés*, t. VI, 1ª parte, La Habana, Cultural S. A., 1936, nº 285, pp. 399 a 402.

<sup>9</sup> G. RIPERT y G. BOULANGER, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, Parte General, t. I, Buenos Aires, La Ley, 1964, nº 628, p. 453.

<sup>10</sup> E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, 2ª ed., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, nº 58, pp. 351/2.

<sup>11</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Doctrinas generales del derecho civil*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944, pp. 295/6.

En contra de la aceptación de la teoría de la inexistencia se alzan Stolfi<sup>12</sup> y, en particular, Coviello, quien sostiene que “no debe hablarse de inexistencia en lugar de nulidad, porque ante todo el acto no puede decirse propiamente inexistente, por cuanto no sólo tiene una existencia material, sino que puede tener algún efecto jurídico, por más que no sea aquel al que el negocio iba encaminado”,<sup>13</sup> posición que comparte Messineo.<sup>14</sup>

### 3º) Derecho español

En el derecho español, el tema ha provocado y provoca aún profundas divergencias que —por lo general— giran en torno a la interpretación del artículo 1261 del código civil hispano, que enumera los requisitos de los contratos.

Uno de los primeros comentaristas del código, Manresa y Navarro, señala que el fundamento de la distinción entre nulidad e inexistencia “es bien claro, porque no pueden equipararse ni en principio ni en sus efectos la ausencia absoluta de los elementos esenciales del contrato, y la existencia viciosa, pero existencia al fin, de aquellos elementos necesarios. En el primero de los casos no hay contrato o sólo hay una apariencia, distinta de la realidad de éste; en el segundo hay un contrato que puede ser anulado, pero mientras no lo sea, se reputa eficaz”.<sup>15</sup> Idéntica posición adoptan Valverde y Valverde —aunque en algunos casos confunde la inexistencia con la nulidad radical—.<sup>16</sup> De Buen,<sup>17</sup> Castan Tobeñas<sup>18</sup> y, en la dogmática moderna, Albadalejo, quien afirma que “el negocio inexistente no configura un estado patológico del negocio, sino que falta un negocio o un negocio completo. Se está ante una situación de la que, aunque existe un hecho exterior o elementos parciales de un negocio, ni a aquél ni a éstos les cuadra la denominación de negocio... Como los efectos proceden del negocio, no se verifican cuando realmente no lo hay, sino que existe, a lo más, sólo una apariencia de negocio o éste es incompleto”, ubicando la inexistencia dentro de lo que llama “ineficacia inicial”.<sup>19</sup>

En la posición opuesta, repudian la inexistencia y sólo aceptan la ineficacia por nulidad o anulabilidad, De Diego,<sup>20</sup> Sánchez Román,<sup>21</sup> Borrell y So-

<sup>12</sup> G. STOLFI, *Teoría del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 77 y ss.

<sup>13</sup> N. COVIELLO, *Doctrina general del derecho civil*, México, Uteha, 1938, pp. 357/8.

<sup>14</sup> F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, t. II, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1952, pp. 262/3.

<sup>15</sup> J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al código civil español*, t. VIII, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1907, p. 766.

<sup>16</sup> C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado de derecho civil español*, t. I, Parte General, Madrid, Casa Editorial Cuesta, 1909, pp. 507/8.

<sup>17</sup> D. DE BUEN, *Derecho español común*, 2ª ed., t. II, Madrid, Reus, 1930, p. 537.

<sup>18</sup> J. CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, t. II, Madrid, Reus, 1925, p. 149.

<sup>19</sup> M. ALBADALEJO, *El negocio jurídico*, nº 225, Barcelona, Librería Bosch, 1958, p. 396.

<sup>20</sup> C. DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Madrid, s/e., 1909, pp. 314 a 317.

<sup>21</sup> F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de derecho civil*, t. IV, Madrid, s/e., 1911, pp. 342 y ss.

ler,<sup>22</sup> Puig Brutau —que ni siquiera la menciona—,<sup>23</sup> Puig Peña,<sup>24</sup> Diez Picazo y Gullon, que la reputan una construcción artificiosa de la doctrina francesa,<sup>25</sup> García-Amigo<sup>26</sup> y, en especial, Pérez González y Alguer, que niegan rigor técnico a la noción de inexistencia... “porque en el derecho no hay una contraposición entre el ser y el no ser, entre el existir y el no existir, sino entre el valer y el no valer; entre la validez y la nulidad... en el orden jurídico, de los actos sólo puede decirse que valen o que no valen”.<sup>27</sup>

## II. DOCTRINA ARGENTINA

Entre los juristas argentinos, la división entre quienes aceptan la inexistencia como categoría autónoma y quienes la rechazan es de vieja data: Segovia,<sup>28</sup> así como Llerena, solamente distinguen entre actos nulos y anulables y entre nulidades absolutas y relativas, excluyendo la inexistencia,<sup>29</sup> mientras que Machado —al no admitir las nulidades virtuales— acepta los actos inexistentes.<sup>30</sup>

En la que puede denominarse etapa “intermedia” de la dogmática civilista, se destaca la figura de Moyano, quien —tras adherir a la posición contraria a la inexistencia— rectifica su opinión “en virtud de que la inexistencia del acto jurídico, al cual le falta algo que por ley es substancial, es una constatación que no requiere precepto legal, por ser más que un principio jurídico, una noción primordial del razonamiento y de la lógica”.<sup>31</sup> En cambio, la inexistencia no es receptada por Lafaille ni siquiera respecto del matrimonio<sup>32</sup> y tampoco por Salvat,<sup>33</sup> por entender que, salvo diferencias de detalle, la inexistencia queda comprendida dentro de la nulidad absoluta, como bien lo expresa Lafaille al decir que “al reconocer la nulidad de pleno derecho, como la denomina Freitas,

<sup>22</sup> A. BORRELL Y SOLER, *Nulidad de los actos jurídicos según el código civil español*, Barcelona, Bosch, 1947, p. 7.

<sup>23</sup> J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de derecho civil*, t. II, vol. I, Barcelona, Bosch, 1954, pp. 152 y ss.

<sup>24</sup> F. PUIG PEÑA, *Tratado de derecho civil español*, t. I, vol. II, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1958, p. 690.

<sup>25</sup> L. DIEZ PICAZO y A. GULLON, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1973, pp. 275/6.

<sup>26</sup> M. GARCÍA-AMIGO, *Instituciones de derecho civil*, t. I, Parte General, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1979, pp. 850 y ss.

<sup>27</sup> B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER, *Notas al tratado de derecho civil de Ennecerus, Kipp, Wolff*, t. I, vol. II, n° 129, Barcelona, Bosch, 1935, p. 362.

<sup>28</sup> L. SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica* bajo la forma de notas, t. I, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E. Coni, editor, 1881, p. 280.

<sup>29</sup> B. LLERENA, *Comentario y concordancias del Código Civil argentino*, 2ª ed., t. IV, Buenos Aires, J. Peuser, 1900, pp. 89 y ss.

<sup>30</sup> J. O. MACHADO, *El Código Civil argentino interpretado por los tribunales de la República*, t. II, Buenos Aires, F. Lajouane y Cía. Editores, 1904, pp. 105 y ss.

<sup>31</sup> J. A. MOYANO, *Efectos de las nulidades de los actos jurídicos*, Buenos Aires, Impresora Argentina, 1932, p. 32.

<sup>32</sup> H. LAFAILLE, *Curso de derecho civil-Derecho de familia* (compilación de Frutos y Argüello), n° 242, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1930, pp. 181/182.

<sup>33</sup> R. M. SALVAT, *Derecho Civil argentino - Parte General*, t. II, n° 2604, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1958, p. 710.

que se tiene por tal aunque no haya sido juzgada, resuelve satisfactoriamente el problema... No aparece, pues, la necesidad de recurrir a una nueva designación a efectos de caracterizar la ineficacia de los actos jurídicos que carecen de un elemento indispensable para su validez". A esta posición adhiere, más recientemente, Buteler.<sup>34</sup>

Las discrepancias se mantienen en la doctrina moderna: aceptan la inexistencia como categoría diversa de la invalidez, Borda,<sup>35</sup> López Olaciregui<sup>36</sup> y, con singular tenacidad, Llambías, que sigue las enseñanzas de Moyano.<sup>37</sup> A su vez, Lagomarsino la admite pero limitada al ámbito del derecho matrimonial para las hipótesis de igualdad de sexo de los contrayentes, falta de consentimiento y ausencia del oficial público.<sup>38</sup> Por el contrario, repudian esta noción Spota,<sup>39</sup> Nieto Blanc,<sup>40</sup> Cardini<sup>41</sup> y Arauz Castex,<sup>42</sup> autores que la consideran un concepto teóricamente falso y prácticamente inútil.

### III. FUNDAMENTACIÓN

El fundamento de la admisión de la teoría de la inexistencia del acto jurídico reposa en la propia realidad.

El derecho no puede soslayar esa realidad, menos aún si —como con todo acierto afirma Geny— “aun bajo su forma positiva, el derecho se nos ofrece como un conjunto de reglas, nacidas de la naturaleza de las cosas, y que deben ser deducidas por una interpretación, más o menos libre, de los elementos sociales que aquél tiene por objeto ordenar con miras al bien común”.<sup>43</sup>

De no ser así, de no recoger la realidad social, el orden natural de las cosas, el derecho corre el riesgo de transformarse en algo estéril, porque, como

<sup>34</sup> J. A. BUTELER, *Nulidad e inexistencia*, en *La Ley*, 104-885.

<sup>35</sup> G. A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Parte General*, t. II, nos. 1261/2, Buenos Aires, Perrot, 1965, pp. 402 a 404.

<sup>36</sup> J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, “De la nulidad de los actos jurídicos” (2ª parte), en *Lecturas y Ensayos*, nº 19, Buenos Aires, 1961.

<sup>37</sup> J. J. LLAMBIÁS, “Diferencia específica entre la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos” en *La Ley*, 50-876. Ver también *Tratado de Derecho Civil - Parte General*, t. II, 6ª ed., nos. 1909 a 1919, Buenos Aires, Perrot, 1975, pp. 533 a 538; “Vigencia de la teoría del acto inexistente”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* —Universidad de Buenos Aires—, año III, 3ª época, nº 11, Buenos Aires, 1948.

<sup>38</sup> C. A. R. LAGOMARSINO, “Los supuestos de inexistencia en el Derecho Civil Argentino”, en *La Ley*, 115-984.

<sup>39</sup> A. G. SPOTA, *Tratado de derecho civil*, t. I, Parte General, vol. 3-6; Hechos y Actos Jurídicos, nº 1956, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1957, pp. 724 y ss.

<sup>40</sup> E. E. NIETO BLANC, *Nulidad en los actos jurídicos*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1971, pp. 104 a 125. Ver también: “Inexistencia y nulidad” en *La Ley*, 94-806.

<sup>41</sup> E. O. CARDINI, *Nulidades*, Buenos Aires, s/ed., 1968, pp. 37/8.

<sup>42</sup> M. ARÁUZ CASTEX, *Derecho Civil - Parte General*, t. II, nos. 1957 a 1960, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, pp. 446 a 449.

<sup>43</sup> F. GENY, *Método de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, 2ª ed., nº 183, Madrid, Reus, S.A., 1925, p. 668.

sigue diciendo el autor citado, “ante todo, el derecho positivo debe continuar siendo una cosa viva. Ahora bien: vivir es moverse y transformarse. Para el derecho es más aún: es luchar con el ánimo puesto en una perfecta y constante armonía con las exigencias de la vida social”.<sup>44</sup>

Y la realidad social nos presenta actos, o, mejor, tentativas de actos, que no llegan a configurarse como tales por faltarles algún elemento esencial para que cobren existencia jurídica: no llegan a ser actos jurídicos, no alcanzan a existir como tales.

En efecto: son esenciales aquellos elementos que determinan que el acto sea lo que es, que constituyen el *ser* del acto, su *esencia*, que —cuando es, se llama *existencia*, de suerte que —faltando cualesquiera de esos elementos— el acto no es, no existe, aunque pueda revestir la apariencia de tal.

En ausencia de un elemento esencial es imposible concebir lógicamente el acto jurídico aun cuando en apariencia tenga vida, por eso compartimos la aseveración de Llambías en el sentido de que “cuando falta un elemento esencial media un obstáculo natural para la formación del acto, que no puede concebirse sin esos requisitos esenciales”.<sup>45</sup>

Sobre el particular, en uno de los pocos fallos que tratan el tema, los tribunales han declarado que “la inexistencia de los actos jurídicos es una categoría conceptual ajena al sistema estrictamente legal de las nulidades . . . la inexistencia de los actos jurídicos, más que un principio jurídico, es una noción primordial de razonamiento y de lógica (*El Derecho* 7-341) y, en otra decisión, han añadido que “el acto inexistente es aquel que carece de un elemento esencial, de un órgano vital, de suerte que no responde ni aun a la definición genérica que da de él la ley . . . siendo preciso decir que no existe el acto jurídico por cuanto se está en presencia de una apariencia, de un equívoco, de una tentativa de acto más bien que de un acto, de una tentativa que ha abortado; el acto casi ha nacido muerto; está desprovisto de existencia legal” (*La Ley* 140-193).

De allí que la inexistencia, dado su carácter lógico, conceptual, no requiera norma legal alguna que la consagre: se trata de una construcción teórica —bien que, como veremos, con consecuencias prácticas— pero no aceptamos que, como afirman Díez Picazo y Gullón, ya citados, se trate de una “construcción artificiosa”.

En suma: acto inexistente es aquel al cual le falta algún elemento esencial para su formación, carencia que determina que ese negocio no tenga existencia legal.

---

<sup>44</sup> F. GENY, ob. cit., nº 185, pp. 672/3.

<sup>45</sup> J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., *La Ley*, 50-876.

#### IV. ÁMBITO DE LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA

Una correcta comprensión de la teoría de la inexistencia requiere, en primer lugar, su ubicación dentro de la teoría de los actos jurídicos y, en segundo término, determinar su lugar entre los actos jurídicos ineficaces.

Actos Jurídicos	1º Eficaces:	{ son aquellos actos jurídicos que producen sus efectos propios, o sea, las consecuencias que están destinados a generar.
	2º Ineficaces:	{ son aquellos actos jurídicos que —total o parcialmente— no producen sus efectos jurídicos propios, lo que puede obedecer: a) a la <i>inexistencia</i> del acto, es decir, a la falta de algún elemento esencial para su formación, carencia que lo priva de existencia legal; b) a la <i>invalidéz</i> del acto, por presentar vicios en alguno de sus elementos, supuesto que comprende la nulidad y la anulabilidad, sea absoluta o relativa; c) a la <i>inoponibilidad</i> del acto, que, bajo ciertas circunstancias impide hacer valer el acto frente a los terceros por él perjudicados; d) a la <i>rescisión, resolución o revocación</i> del acto, hipótesis en que la privación de efectos proviene de la propia voluntad de las partes, ya sea actuando autónomamente o con apoyo en causales que enuncia la ley.

Por lo tanto, lo que se opone a la inexistencia no es la invalidez, sino que una y otra son especies de un género más amplio que es la ineficacia, lo que viene a demostrar que —no obstante las razones fundamentales prácticas del origen de la teoría— la inexistencia no guarda relación con la admisión o rechazo de las llamadas nulidades implícitas o virtuales.

Es que, como enseña Borda, la invalidez supone un *subtractum* real, un algo que declarar inválido, pero lo que no existe no puede invalidarse, por lo que, estrictamente, el acto inexistente no forma parte de la teoría de la invalidez.<sup>46</sup>

Por ello consideramos la inexistencia como un supuesto específico de ineficacia y como una categoría autónoma respecto de la invalidez, con la que —como hemos visto— suele confundírsela: entre inexistencia e invalidez media una diferencia fundamental, pues “la primera deriva de un impedimento que

<sup>46</sup> G. A. BORDA, ob. cit., n° 1261, p. 402.

está en la naturaleza misma de las cosas, que proviene de la realidad a la que el legislador no puede sino aceptar tal como es, mientras que la invalidez, que es un concepto jurídico, resulta de un obstáculo legal, supone la existencia de un acto real al cual el derecho declara inválido privándolo de sus efectos propios".<sup>47</sup>

De lo expuesto se desprende que no es exacta la opinión de González y Alguer, ya citada, cuando dicen que "...en el orden jurídico, de los actos sólo puede decirse que valen o que no valen", porque, para calificar como válido o inválido un negocio jurídico es menester, primero, comprobar su existencia: la validez o invalidez sólo pueden predicarse de lo existente, de manera que coincidimos con López Olaciregui cuando señala que siempre el derecho importa una valorización de conductas de determinados sujetos y que su primer menester es de investigación, o sea, si existió o no la conducta; el segundo es de apreciación, esto es, determinar las condiciones en que se desarrolló esa conducta, y, el tercero, de valorización y sanción, es decir, de precisión de las consecuencias que esa conducta debe surtir, añadiendo que "son pasos distintos que no pueden confundirse".<sup>48</sup>

## V. HIPÓTESIS DE INEXISTENCIA

Los distintos juristas que admiten la inexistencia del acto jurídico desde el punto de vista conceptual, discrepan —sin embargo— acerca de las hipótesis concretas que esa categoría abarca, divergencias que tiene su origen, en grandes líneas, en la distinta apreciación sobre cuáles son los elementos esenciales del acto jurídico: nosotros consideramos que esos elementos son cuatro —el sujeto, el objeto, la causa final y la forma— de manera que examinaremos los casos de inexistencia con relación a cada uno de esos requisitos.

### 1º) *Falta de sujeto.*

Este es el único caso de inexistencia que admite López Olaciregui, al sostener que "creemos que debe admitirse la categoría de la inexistencia entendida con el criterio de no existencia del acto jurídico del sujeto a quien se atribuye. Es decir: una inexistencia de hecho, un no haber sucedido la actividad del sujeto que debió haber sucedido para que hubiera acto jurídico... A nuestro juicio deben ubicarse allí todos los supuestos en que resultare que el sujeto a quien el acto se atribuye no ha desarrollado la conducta externa —declaración de voluntad— que coincide con la conducta típica que la ley requiere para que se configure el acto jurídico de referencia".<sup>49</sup>

Llambías, precisando estos conceptos, dice que "existe ausencia de sujeto en el acto, toda vez que dicho acto no es obra de la voluntad del agente, o de su representante legal o voluntario... hay verdadera ausencia de sujeto y —por lo tanto— inexistencia del acto, cuando éste no pertenece a la persona que en apariencia lo ha otorgado".<sup>50</sup>

<sup>47</sup> J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., *La Ley*, 50-876.

<sup>48</sup> J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit.

<sup>49</sup> J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, ob. cit.

<sup>50</sup> J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., *La Ley*, 50-876.

Consideramos que esta hipótesis se encuentra contemplada en la primera parte del artículo 1161 del Código Civil y los tribunales, interpretando esa disposición, han declarado que "cuando aparece un acto de compraventa con un solo sujeto y otro falsamente creado porque no existía en razón de haber muerto con anterioridad, corresponde declarar la inexistencia de dicho contrato que no ha llegado a ser compraventa y menos a producir transferencia de dominio" (*La Ley*, 140-193).

Y, con un alcance más general, han establecido que "la contratación a nombre de un tercero sin estar autorizado por él o sin tener por la ley su representación, carece de valor alguno y no obliga ni al que lo hizo; se trata de un acto inexistente por ausencia de sujeto" (*La Ley*, 79-457).

### 2º) *Falta de objeto.*

Llambías dice que "en tal condición se encuentra el acto que recae sobre una cosa que ya ha perecido o que no ha existido nunca, o sobre cosas futuras que no son susceptibles de existir, o sobre un objeto tan vagamente indicado que no sea posible determinarlo, o sobre hechos materialmente imposibles".<sup>51</sup>

Aunque los artículos 953, 1172, 1173, 1333, 1334, 1335 y otros del Código Civil y los tribunales que los han aplicado califican a esos actos como nulos —interpretando literalmente las normas citadas— entendemos que, en rigor de verdad, se trata de negocios inexistentes, no pudiendo invocarse un error terminológico del codificador para modificar esa realidad so pretexto de una hermenéutica apegada al texto de la ley.

### 3º) *Falta de causa.*

La falta de causa final, como causal de inexistencia del negocio jurídico, se presenta cuando hay simulación absoluta, porque —en tal supuesto— el propio código civil dice que "se celebra un acto jurídico que nada tiene de real" (artículo 956), es decir, se configura una mera apariencia.

Sobre este particular, la jurisprudencia tiene dicho que "la causa, cualquiera sea el punto de vista desde el cual se la considere en la doctrina, será siempre en la práctica un motivo razonable de obligación; su falta significa la falta de contrato o no se concibe como el acto emanado de una persona dotada de juicio" (*La Ley*, 13-625).

### 4º) *Falta de forma.*

"El acto no existe —dice Llambías— si el sujeto no ha exteriorizado su voluntad", lo que, a nuestro parecer, se explica porque el acto jurídico es, por definición, un acto voluntario, y, según el código civil, no hay tal sin un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste (artículo 913).

En este sentido, se ha señalado que "la ausencia de firma hace inexistente el acto, y no nulo, y, por lo tanto, torna insusceptible de convalidación su

<sup>51</sup> J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., *La Ley*, 50-876.

texto, por cuanto no puede convalidarse lo que no existe" (Rep. *La Ley*, XXIX-1516 n<sup>o</sup> 6).

## VI. DISTINCIONES CONCRETAS ENTRE INEXISTENCIA E INVALIDEZ

Hasta este punto hemos tratado solamente de aspectos teóricos y, si bien ha quedado aclarada la diferencia entre la inexistencia y la invalidez, lo ha sido desde un punto de vista estrictamente conceptual, por lo que corresponde —ahora— indicar las distinciones que median entre una y otra categoría desde un enfoque práctico, para lo cual seguiremos el camino trazado por Llambías<sup>52</sup> y recogido por el fallo publicado en *La Ley*, 140-193.

a) en primer término, en cuanto a las facultades del juez, el acto inexistente puede ser verificado como tal sin que el punto haya sido incluido en la litis, porque constituye una situación de hecho susceptible de acreditarse en el período de prueba, mientras que la nulidad sólo puede ser declarada de oficio por el juez cuando el vicio es manifiesto y la nulidad absoluta (artículo 1047 del Código Civil), pues si se trata de un acto simplemente anulable o de nulidad relativa, la invalidez únicamente puede ser decretada a pedimento de parte por vía de acción o de excepción (artículos 1048 y 1058 bis del Código Civil);

b) en segundo lugar, la inexistencia del acto puede ser alegada por cualquier interesado en que ella se declare, aun por quien la conociera o debiera conocerla al celebrar el negocio, mientras que la nulidad absoluta no puede ser alegada por quien la conocía o había de conocerla (artículo 1047, Código Civil) y la nulidad relativa sólo puede ser hecha valer por aquel en cuya protección se ha establecido (artículo 1048, código citado), así como también la nulidad absoluta puede ser recabada por el ministerio fiscal en el solo interés de la moral y de la ley (artículo 1047 citado), lo que no ocurre tratándose de la nulidad relativa (artículo 1048 citado);

c) en tercer término, los efectos de la nulidad entre las partes del acto inválido se rigen por los artículos 1050 y siguientes del código civil, algunos de los cuales —los artículos 1053 a 1055— importan acordar efectos al negocio, si bien diversos de los que estaba destinado a producir, en tanto que nada de ello acaece cuando se trata de un acto inexistente, hipótesis para la que no rigen las normas citadas, sino los artículos 2422 y siguientes del Código Civil, que estatuyen un régimen completamente distinto;

d) otro aspecto —el cuarto— en que se advierte la diferencia es que el acto inválido, si es de nulidad relativa, puede ser confirmado y la acción tendiente a obtener la declaración de nulidad prescribe dentro del plazo que para cada supuesto señala la ley, mientras que el acto inexistente es inconfirmable y la acción que de él emana es imprescriptible;

e) finalmente, en orden a los efectos del acto respecto de terceros adquirentes de derechos basados en el acto inválido, se aplica el artículo 1051 del Código Civil, mientras que —tratándose de un acto inexistente— los terceros:

<sup>52</sup> J. J. LLAMBÍAS, ob. cit., *La Ley*, 50-876.

de buena fe sólo conservan los derechos adquiridos cuando se trata de cosas muebles y son adquirentes de buena fe, a tenor del artículo 2412 del código citado.

Si bien se mira, fácil es advertir que estas diferencias de naturaleza práctica no son sino derivaciones lógicas de la discriminación conceptual entre inexistencia e invalidez.

## VII. CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LA INEXISTENCIA Y SU REFUTACIÓN

Las críticas que se han formulado a la noción de inexistencia pueden, según nuestro parecer, agruparse de la siguiente manera y ser refutadas como a continuación se señala.

1º) se afirma que no existe un límite preciso entre la ausencia de uno de los elementos esenciales del acto y su vicio o imperfección<sup>53</sup>: por el contrario, consideramos que ese deslinde existe y puede ser establecido con precisión, pues una cosa es la ausencia de un elemento substancial del negocio y otra muy distinta —desde el punto de vista lógico— la presencia de un vicio o imperfección en cualquier requisito;

2º) se señala que, dando a la noción de nulidad la amplitud que merece, la llamada inexistencia queda comprendida dentro de aquella<sup>54</sup> y <sup>55</sup>; entendemos —y creemos haberlo demostrado— que esta crítica parte de la concepción errónea de considerar invalidez e inexistencia como género y especie, cuando, en realidad, una y otra categoría son especies de un mismo género, que es la ineficacia;

3º) se asevera que la categoría de la inexistencia resulta innecesaria si se admiten las nulidades virtuales o implícitas,<sup>56</sup> crítica que —opinamos— además de ser pasible de la respuesta a la anterior, comporta la confusión conceptual entre inexistencia e invalidez;

4º) se ha enseñado, también, que la inexistencia no es admisible por no hallarse consagrada en el código civil<sup>57</sup>: esta posición denota un positivismo pasado de moda y, además, como expresa Borda, es innecesario legislar sobre el punto, porque no hace falta declarar la privación de efectos de lo que no existe;<sup>58</sup>

5º) finalmente, se ha dicho que la inexistencia es un concepto jurídico inútil, porque de él se desprenden los mismos efectos que de los actos nulos de nulidad absoluta,<sup>59</sup> pero creemos haber demostrado —como también lo hace Borda<sup>60</sup> —que entre una y otra categoría median diferencias prácticas insalvables.

53 E. E. NIETO BLANC, ob. cit., p. 107.

54 E. E. NIETO BLANC, ob. cit., p. 112.

55 M. ARÁUZ CASTEX, ob. y loc. cits.

56 M. ARÁUZ CASTEX, ob. y loc. cits.

57 E. E. NIETO BLANC, ob. cit., p. 122.

58 G. A. BORDA, ob. cit., nº 1262, p. 404.

59 M. ARÁUZ CASTEX, ob. y loc. cits.

60 G. A. BORDA, ob. cit., nº 1262, p. 404.

En suma, como podemos apreciar, las críticas a la teoría del acto inexistente reposan, en mayor o menor medida, en la equívoca ubicación de la invalidez y la inexistencia como género y especie, cuando —lo reiteramos— son especies diversas de ese género más amplio y comprensivo que es la ineficacia del acto o negocio jurídico.

### VIII. CONCLUSIONES

A modo de conclusiones de lo desarrollado en este trabajo podemos exponer las siguientes:

1. La teoría de la inexistencia, pese a su nacimiento debido a exigencias prácticas, encuentra sólido apoyo teórico, como que reposa en la propia naturaleza de las cosas que el derecho debe tomar en consideración si no quiere divorciarse de la realidad social.

2. La inexistencia del acto jurídico constituye una categoría autónoma, configurando una especie del género de la ineficacia de los negocios jurídicos, al igual que la invalidez.

3. Acto inexistente es aquel que adolece de algún elemento esencial, considerando tales aquellos cuya concurrencia es necesaria para la configuración del acto jurídico: sujeto, objeto, causa final y forma.

4. Entre la inexistencia y la invalidez median diferencias no sólo conceptuales, sino también de orden práctico, que justifican la distinción entre una y otra categoría.

5. Las críticas formuladas a la teoría de la inexistencia obedecen, en general, a una inadecuada consideración de la cuestión, y, en particular, a la confusión entre inexistencia e invalidez.

Por la especial importancia que reviste, hemos dejado para el final de esta nota, la consideración de una aseveración de Nieto Blanc, quien dice que “la concepción que distingue entre nulidad e inexistencia constituye desde el punto de vista del derecho positivo, un resabio de las viejas doctrinas del derecho natural otrora en boga y no puede ya aceptarse”<sup>61</sup>; quizás este distinguido autor haya olvidado el trasfondo de la *vieja* doctrina de Renard, quien —con acierto— enseña que “...o el derecho positivo es un esfuerzo para elevar las realidades hacia un ideal metafísico o no es otra cosa que el disfraz de la fuerza”.<sup>62</sup>

JUAN CARLOS GARIBOTTO

<sup>61</sup> E. E. NIETO BLANC, ob. cit., *La Ley*, 94-806.

<sup>62</sup> G. RENARD, *Introducción filosófica al estudio del derecho*, t. I, Buenos Aires, Desclée de Brower, 1947, p. 160.

## REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE COMUNIDAD INTERNACIONAL

*La sociedad humana comienza cuando los hombres empiezan a hablar entre ellos, cualesquiera que hayan sido la índole y la complejidad de esa conversación.*

A partir de la idea sobre los orígenes de la sociedad humana expresada por el poeta mexicano Octavio Paz en el párrafo que encabeza este análisis,<sup>1</sup> nos permitimos concebir el origen de la Comunidad Internacional cuando los Estados soberanos comienzan a hablar entre ellos, organizándose con la convicción de que no constituyen unidades autosuficientes, enfrentadas unas con otras y de que es imprescindible y a la vez posible crear por "encima" de sus respectivas soberanías un nexo de coherencia y solidaridad tendiente a la búsqueda del *bien común universal*.

Muchos conceden a la Comunidad Internacional la plenitud del hecho consumado, nacido de la sola agrupación natural y espontánea de los Estados. Entendemos, sin embargo, que el concepto excede las leyes de espontaneidad exigiendo para su eficaz existencia la implementación de un complejo sistema jurídico-político, encaminado a ordenar en la armonía del conjunto los múltiples y disímiles elementos concurrentes. La voluntad gregaria de los Estados bien puede asimilarse a la *affectio societatis* o voluntad de unión de las partes, vínculo de acuerdo que en Derecho califica la naturaleza jurídica de una relación societaria; pero también en nuestro caso la voluntad representa sólo el principio constitutivo de ese acto colectivo y complejo que es la Comunidad Internacional.

Tras padecer dos devastadoras guerras en la primera mitad de este siglo, la sociedad humana comprendió que la progresión de tales conflictos aparejaría en un futuro no muy mediato impredecibles consecuencias para el género humano, visualizando la necesidad de establecer una organización superior que garantizara la vida en común de los Estados al imperio de reglas ciertas y equitativas. Grandes han sido los avances a partir de aquel propósito, basta observar el grado de desarrollo que hoy presenta el Sistema de las Naciones Unidas; pero indudablemente persisten flancos de imperfección, entre ellos el parcialmente efectivo poder de coacción con que operan sus principales órganos ante concretas transgresiones al orden internacional, indicativo de que aún no se ha

---

<sup>1</sup> OCTAVIO PAZ, "El Pacto Verbal. Sociedad y Comunicación", en *La Nación*, Buenos Aires, 13 de mayo de 1964.

alcanzado el estadio óptimo del sistema. De su propia naturaleza jurídica se desprende que la Comunidad Internacional responde a una definida exigencia de orden en la acepción más integral, esto es, armonizar principios morales, religiosos, políticos, jurídicos y económicos en función de la estabilidad de un sistema razonable de convivencia internacional. Por ser nota distintiva en este ámbito la heterogeneidad de identidades e intereses, la empresa de "ordenar lo diverso" encuentra obstáculos permanentemente renovados a instancia de los cuales es que afirmamos que en nuestros días —no obstante los progresos obtenidos— la Comunidad Internacional propiamente dicha, dotada de estructuras definitivas y unánimemente aceptadas, sigue siendo una honorable expresión de deseos.

Aristóteles situado desde su más privilegiado punto de referencia, la Ciudad, advertía diferencias entre los pueblos perfectamente aplicables a las que se confrontan en la realidad contemporánea; para el Estagirita la causa de tales diferencias y divisiones entre los gobiernos reside en las distintas opciones de vida que es dable elegir para acceder a una existencia dichosa y fácil, de manera que "cada pueblo al buscar la felicidad y la virtud por diversos caminos, organiza también a su modo la vida y el Estado sobre bases asimismo diferentes".<sup>2</sup>

Cualesquiera que fueran sus causas, estas diferencias entre los pueblos configuran un agente de distanciamiento de la familia humana difícil de conciliar en algunos casos y con proyección directa o indirecta sobre las relaciones interestatales. Ya en las formas primitivas de sociedad cada grupo, clan o tribu difería entre sí; los griegos —especialmente durante el período clásico— poseían plena conciencia de su diferencia con los demás a quienes denominaban "bárbaros"; los hebreos en su condición de pueblo elegido producían la clara distinción entre ellos y el resto, los "gentiles". Así un sinnúmero de notas étnicas, religiosas, culturales, económicas, militares, políticas o sociales,<sup>3</sup> dibujarán ininterrumpidamente el mapa de la Humanidad por donde la sinuosa línea divisoria de las sociedades en su recorrido a través del tiempo, genera constantemente la dualidad del "nosotros" y los "extranjeros", expresión —esta última— proveniente de la raíz latina *extraneus* que significa *extraño*.

Tales características se reflejan naturalmente en la formación de los Estados, sujetos primarios de las relaciones internacionales, a los que el concepto tradicional de soberanía<sup>4</sup> les concede potestad suficiente para tutelar identidades

<sup>2</sup> ARISTÓTELES, *La Política*, 14ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, S. A., 1980, p. 122.

<sup>3</sup> A tal punto es admisible demarcar la sociedad humana, que hoy con naturalidad se "deslinda" a las naciones siguiendo simplemente la orientación de los puntos cardinales: del *Norte-Sur*, nucleando a los países desarrollados al Norte y a los subdesarrollados o en vías de desarrollo al Sur; del *Este-Oeste*, para identificar a los países enrolados en uno u otro de los dos grandes estilos de vida contemporáneos.

<sup>4</sup> "El concepto naturalista de la soberanía, todavía vigente hoy, supone que los Estados son entes supremos que no están sujetos a ninguna autoridad superior a la suya y que no obedecen a ninguna ley que ellos mismos no hayan promulgado". (MARIO AMADEO, *Manual de Política Internacional*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 114-5).

e intereses de sus respectivos pueblos en el ámbito interestatal. En otras palabras, las diferencias existentes entre las comunidades políticas se institucionalizan en los Estados y son tuteladas por la figura de la soberanía, de lo que resulta como realidad concreta un mosaico de Estados individualmente supremos, en principio insubordinable, extraños y diferentes entre sí. Será pues sobre esta realidad tan poco propicia donde debe construirse la Comunidad Internacional.

\* \* \*

Frente al planteo formulado cabe interrogarse si este universo de elementos disímiles puede coexistir, dadas sus características, dentro de la estructura de una comunidad superior y general. Si los Estados resignarían flexibilizar su atributo soberano con el fin de acceder al sistema internacional de convivencia que exige, para integrar el conjunto, ciertas restricciones a las potestades individuales de sus miembros.

Tal cuestión nos impone en primer lugar determinar cuál es el elemento que posee en común la sociedad humana y que constituiría la causa de la relación comunitaria.

Sin dudas el vínculo primero y fundamental lo encontramos en su naturaleza, es decir, la común pertenencia al género humano que otorga origen y sentido al término *Humanidad*, comunidad de sangre (*communio sanguinis*) que es cimiento en la construcción de un sistema comunitario superior entre los Estados.

Entiende COOLEY<sup>5</sup> que la naturaleza humana se compone de los sentimientos básicos del hombre que van desde el amor a la crueldad o desde el heroísmo a la vergüenza: estos sentimientos varían y se expresan diferentemente en diversas culturas, pero la existencia de tales sentimientos es universal. Utilizamos esta visión estrictamente sociológica para ejemplificar la cualidad unificadora que conlleva la condición humana, origen y signo común de los hombres, lo homogéneo dentro de lo diverso: allí es donde se asienta la noción de comunidad orgánica de hombres, uno de los estadios más próximos a la noción de comunidad orgánica de Estados.

Corresponde destacar que el concepto de Humanidad con los alcances explicados, no se presenta en su real dimensión hasta la aparición del cristianismo, ya que en el Mundo Antiguo la idea de Humanidad era limitada e incompleta. Por lo tanto, el aporte del cristianismo supera el criterio de identidad de naturaleza fisiológica en los individuos de la especie humana, para enriquecerse con el reconocimiento de un Dios único y eterno vigorizando los nexos de unidad. Esta propuesta sin precedentes podemos sintetizarla en el llamado del apóstol SAN PABLO a concebir un "hombre nuevo" hecho a imagen de su Creador, para quien no habrá "griego ni judío, circuncisión ni incircuncisión, bárbaro o escita, siervo o libre",<sup>6</sup> existiendo por encima de todas las divisiones

<sup>5</sup> CHARLES H. COOLEY, *Human Nature and the Social Order*, Boston, Scribner, 1902.

<sup>6</sup> Epístola de San Pablo a los Colosenses (3;11).

una familia universal de los pueblos, de la misma forma que un solo cuerpo tiene muchos miembros.<sup>7</sup>

La relevancia del aporte encuentra correcta interpretación en PRELOT<sup>8</sup> cuando sostiene que la acción renovadora del cristianismo hace saltar todo el engraje tradicional del Mundo Antiguo, desvaneciendo las divisiones capitales entre los pueblos. Habrá que convenir entonces, en que en este concepto de Humanidad se determina la *causa eficiente* o hecho antecedente de la relación comunitaria entre los Estados.<sup>9</sup>

Ahora bien, cuando hablamos de Comunidad Internacional estamos en presencia de un acto relacional, que según ya lo hemos establecido reconoce en los Estados a sus sujetos primarios y en el concepto de Humanidad a su causa eficiente. Resta aún precisar cuál es el *objeto* de dicha relación que vendría a completar la trilogía *sujeto - causa - objeto* requerida por la misma; es decir, "entre quienes", "porqué" y "para qué" opera el vínculo relacional.

Será pues objeto de la Comunidad Internacional la búsqueda del *bien común universal*, objeto y razón de ser del sistema de convivencia interestatal. En principio cada comunidad política perseguirá el bien común de sus integrantes, siendo éste el principal fin del Estado dirigido a crear el medio adecuado para que la sociedad en general encuentre dentro del mismo los máximos niveles de perfección y felicidad.

Si los Estados son la Comunidad Internacional como las partes al todo, concordantemente debe reconocerse también en ese orden superior la existencia de un bien común a lograr que alcanzará a todos sus miembros sin excepción y será suprayacente al bien común querido por cada Estado en su orden interno.

Actualmente es inconcebible sostener comunidades políticas en el aislamiento; la vida de un Estado, cualquiera sea el grado de poder y desarrollo que éste presente, se alimenta de un constante e intenso intercambio con los demás Estados, de allí que no pueda considerarse suficientemente logrado el bien común interno de cada Estado si no es acompañado por una evolución acorde del contexto en que está inserto hacia el bien común universal. Por ello en su búsqueda del bien vivir, cada comunidad política en particular debe admitir primero y condicionarse después al bien vivir de la sociedad humana en general. He aquí el objeto de la Comunidad Internacional al servicio del cual debe funcionar todo su sistema.

\* \* \*

Ha contribuido en gran medida a fortalecer el concepto de Comunidad Internacional, la aceptación generalizada de ciertos bienes considerados comu-

<sup>7</sup> "Porque todos hemos sido bautizados en un solo Espíritu, para constituir un solo cuerpo, y todos, ya judíos, ya gentiles, ya siervos, ya libres, hemos bebido del mismo espíritu" (1 Corintios, 12;13).

<sup>8</sup> MARCEL PRELOT, *Historia de las Ideas Políticas*, Buenos Aires, La Ley, 1971, p. 167.

<sup>9</sup> Objetivamente la relación comunitaria entre los Estados es una relación jurídica y al igual que todo fenómeno del mundo de la naturaleza, está sujeta al principio de razón suficiente por el cual se determina el hecho antecedente u origen de dicha relación.

nes al género humano y sobre los cuales todos los Estados poseen igualitariamente derechos de disposición, uso y goce, con la condición de cumplir las reglas del condominio impuestas expresamente para cada caso en particular.

Tales bienes se califican como *patrimonio común de la humanidad* o *herencia común de la humanidad* expresando la idea de mancomunidad en torno a un bien. Esta figura aparece últimamente como un "concepto de recuperación" y según juicio de BEDJAOUI<sup>10</sup> al igual que muchos conceptos que han sido inventados o incluso reinventados en una fase dada del desarrollo de la humanidad, con fines aparentemente muy precisos, este caso se refiere a una idea antigua que ha resultado perfectamente adecuada para su actualización, adquiriendo rápidamente todos los caracteres de la novedad, atractivos para unos e inquietantes para otros.

El concepto que tratamos precipita espontáneamente otro supuesto cual es el de *beneficio de la humanidad*. Cabe recordar que dentro del Derecho Privado se contempla una minuciosa regulación del dominio, derecho real por el que se somete determinadas cosas a la voluntad y la acción de una o varias personas, en consecuencia la propiedad aparece como el derecho de poseer, disponer, usar y gozar esos bienes conforme a un ejercicio regular. Sirvanos la claridad de esta idea para trasladarla al Derecho Internacional afirmando que a la copropiedad ostentada por la Humanidad con relación a determinado patrimonio, le asiste el derecho de beneficiarse equitativamente con dicho patrimonio. Finalmente, todas las expectativas de beneficio compartido que supone la existencia de un patrimonio común de la humanidad, no serían viables sin una utilización controlada y armónica del mismo; para ello los Estados deben comprometerse a efectivizar su uso con *fines pacíficos*.

Como vemos el ejercicio regular del derecho de copropiedad ostentado por la Comunidad Internacional sobre ciertos bienes comunes, se traduce en el respeto al beneficio colectivo y la estricta utilización con fines pacíficos.

El concepto de patrimonio común de la humanidad ha sido ampliamente recepcionado en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, al convenirse la delimitación de los fondos marinos y su subsuelo, denominados "La Zona", que por estar fuera de la jurisdicción de los Estados ribereños es afectada juntamente con los recursos allí existentes al patrimonio común de la humanidad.<sup>11</sup>

Idéntica situación grava al espacio ultraterrestre unánimemente reconocido como ámbito libre, sujeto al interés general y eventualmente sometido a la uti-

---

<sup>10</sup> MOHAMMED BEDJAOUI, "Hacia un Nuevo Orden Económico Internacional", UNESCO, 1979, p. 186.

<sup>11</sup> ÁNGEL ERNESTO MOLINARI, Tesis doctoral: "Posible cuestión de competencias sobre los recursos naturales del Océano Glacial Antártico", Cap. V, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Católica Argentina, 1982. ÁNGEL ERNESTO MOLINARI, "Convención sobre el Derecho del Mar: Posición Argentina". Buenos Aires, EL DERECHO, 19 de diciembre de 1984.

lización pacífica e igualitaria por parte de todos los Estados. Asimismo, es probable que de mantenerse las tendencias actuales, hacia fines del presente siglo esta calificación también grave al Continente Antártico.<sup>12</sup>

\* \* \*

La existencia de una Comunidad Internacional válida dependerá, primordialmente, de la forma en que sus Estados miembros compatibilicen dentro del sistema comunitario superior el atributo soberano que individualmente ostentan.

El criterio tradicional por el cual se inviste al Estado la condición de sujeto portador de una soberanía ilimitada, con los alcances que sólo sus intereses le imponen, no encuadra en la estructura que supone un sistema equitativo de convivencia internacional, por cuanto la proyección sin límites de las facultades soberanas de los miembros, conducirá a la mutua colisión de intereses y consecuente destrucción del sistema. Tampoco es posible sustentar el extremo contrario, reduciendo profundamente el atributo soberano de los Estados para obtener la maleabilidad necesaria en beneficio del orden general. Este extremo se aproxima al inexplicable proyecto del *Estado Mundial* propiciado por algunas corrientes supranacionales, donde se funden en la figura de un "super-Estado" todos los atributos de los Estados nacionales, concentrando el poder en un gobierno mundial con el propósito de allanar el trayecto hacia el bien común universal. La doctrina expuesta, que sin mayores comentarios tachamos de mera fantasía intelectual, no sólo contradice el sentido de orden inspirado en el concepto de Comunidad Internacional, sino que directamente lo reemplaza por un gigantesco complejo de poder.

La solución debe ser intermedia. Ni el "Estado Leviatán" poderosamente soberano, que TOMÁS HOBBS idealizara como el dios mortal protector de la paz y seguridad de su pueblo, ni la fórmula simplista que elimina al Estado Nacional conducirán a la formación de un sistema equitativo y estable de convivencia entre las comunidades políticas.

La solución intermedia, entonces, transita por el *principio de la igualdad soberana* de todos los Estados miembros de la Comunidad Internacional; allí descansa el punto de equilibrio del sistema donde compensan dos fuerzas divergentes y el atributo soberano de los Estados coexiste con el orden general y superior.

El principio en cuestión confiere al sistema un carácter no discriminatorio, posibilitando que cada Estado se incorpore al mismo en un pie de igualdad con relación a los demás Estados. En el conjunto se nivelan igualitariamente los alcances de la potestad soberana de cada miembro sin admitir excepciones ni privilegios, de suerte que ningún Estado perteneciente a la Comunidad Internacional es superior a otro, ya que todos obedecen a una misma investidura dentro del sistema. Merece destacarse, sin embargo, que la situación descrita

---

<sup>12</sup> ÁNGEL ERNESTO MOLINARI, "Antártida Argentina, una esperanza en peligro". *Revista Geoplítica*, n.º 30, Buenos Aires, 1985.

no minimiza la supremacía del Estado en su orden interno, lo que significa que éste conserva plenamente el derecho a la inviolabilidad de su ámbito; como bien lo referencia JOAQUÍN V. GONZÁLEZ<sup>13</sup> la soberanía del Estado se extiende a todos los objetos de gobierno que existan dentro de los límites territoriales ocupados por los hombres reunidos que lo componen, de tal manera que la línea divisoria de las soberanías debe ser una línea territorial.

Interpretamos, por lo tanto, que el Estado sin reducir las responsabilidades inherentes al bien común de su comunidad política, con los atributos de soberanía e independencia intactos accede al orden superior representado por la Comunidad Internacional, para coparticipar con los demás Estados —sus pares— en el proceso hacia el bien común universal. Concluimos, pues, que en el supuesto de vigencia plena del principio de igualdad soberana no es concebible relativizar al Estado para dar existencia a la Comunidad Internacional porque, precisamente, cuanto más íntegros en su condición de sujetos de Derecho Internacional fueren los Estados, mayor será la perfección y eficacia del sistema interestatal. De modo que el Estado no es un estadio más en la serie de formas jurídicas, sino la máxima expresión de organización en una comunidad política y, en consecuencia, sujeto principal de la Comunidad Internacional.

El Papa Juan XXIII en su Encíclica "Pacem in Terris" nos aproxima una notable visión sobre la trascendencia del principio que tratamos:

En realidad no existen seres humanos superiores por naturaleza, sino que todos los seres humanos son iguales en dignidad natural. Por consiguiente, no existen tampoco diferencias naturales entre las comunidades políticas; todas son iguales en dignidad natural, siendo cuerpos cuyos miembros son los mismos seres humanos. Ni se debe aquí olvidar que los pueblos y, con todo derecho, son sensibilísimos en cuestiones de dignidad y honor.<sup>14</sup>

El estatuto fundacional del sistema interestatal vigente, la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, proclama que la Organización "está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros" (art. 2º, inc. 1), pero lo cierto es que en el mismo instrumento se ataca el principio proclamado al reconocerse a un grupo de Estados (técnicamente llamados *miembros permanentes del Consejo de Seguridad*) potestades que los privilegian en el mecanismo resolutivo de uno de los órganos principales, prerrogativa a la que en circunstancias concretas deben subordinarse cualquiera de los restantes ciento cincuenta y nueve Estados miembros de la Organización, es decir, prácticamente todos los Estados independientes del mundo. Así es como el principio de igualdad soberana queda violado en la misma Carta que lo enuncia, privando al sistema de su elemento esencial.

A través de la contradicción señalada se define el grado de imperfección que vicia al sistema interestatal vigente, situación que no innovará mientras un

<sup>13</sup> JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, 1971, Buenos Aires, Angel Estrada y Cía., S. A., p. 96.

<sup>14</sup> Encíclica "Pacem in Terris", Buenos Aires, Ediciones Paulinas, 1978, p. 39.

solo "Estado Leviatán" asome por encima del conjunto, pues para la Comunidad Internacional el principio de igualdad soberana debe ser "ley de bronce" y conforme se lo aplique dependerá su validez, su eficacia y su equilibrio.

\* \* \*

La gestión colectiva de la Comunidad Internacional se centraliza en una *autoridad internacional* encargada de dinamizar el sistema hacia los fines preestablecidos. Esta autoridad adquiere características propias del ámbito en que funciona, viabilizándose en la forma de *organizaciones internacionales* a las que con justeza AMADEO define como "la expresión jurídica de la vocación comunitaria que poseen los Estados".<sup>15</sup> Tanto en el procedimiento constitutivo como en el procedimiento operativo de los órganos de la autoridad, debe estar garantizada la aplicación del principio de la igualdad soberana de todos los Estados miembros, siendo en este punto donde tal principio alcanzará la máxima expresión.

En su calidad de sujetos primarios, los Estados legitiman a su autoridad transfiriéndole —cada uno igualitariamente— competencias sobre las materias que le corresponde conocer y con la referencia de sus respectivos ámbitos de soberanía marcan el límite jurisdiccional en que la misma deberá actuar. Por lo tanto, la autoridad internacional constituye esencialmente un instrumento subordinado a los propósitos y principios rectores del sistema comunitario de Estados al cual sirve, amparará con equidad los intereses del conjunto, asegurando el cumplimiento de las normas de convivencia internacional y generando medidas específicas tendientes a la consolidación del bien común universal, su fin último. Ha quedado dicho ya que el esquema de autoridad internacional vigente no presenta una aplicación absoluta del principio de igualdad soberana, quebrándose el presupuesto de subordinación con respecto a esta regla básica en la estructura de la Comunidad Internacional.<sup>16</sup>

Otra cuestión que propone la noción de autoridad internacional es la referida a su efectiva gravitación en el complejo de relaciones interestatales. La experiencia ha demostrado que el aspecto más difícil de perfeccionar en este tipo de autoridad lo representa su limitado poder de control y coacción ante transgresiones concretas al orden internacional, como así también, la ineficacia de las políticas implementadas para imponer un orden económico y social equitativo; realidad que genera potenciales focos conflictivos perturbadores de la coexistencia armónica con la cual se sostiene todo sistema internacional.

RAYMOND ARON ha sentenciado que la guerra —actual o eventual— sigue siendo la norma, ya que ninguna organización supranacional, ningún "derecho de gentes" ejerce un poder apremiante; el mismo Papa Paulo VI en la memo-

<sup>15</sup> MARIO AMADEO, en ob. cit., p. 118.

<sup>16</sup> Cuando hacemos referencia a la "autoridad internacional vigente", estamos mencionando al Sistema de las Naciones Unidas. Sin embargo, corresponde aclarar que siendo el objetivo de estas reflexiones, abordar con un enfoque personal ideas generales inherentes al concepto de Comunidad Internacional, tratamos de no incursionar en un análisis directo y minucioso del Sistema de las Naciones Unidas por considerar que desbordaría los propósitos del presente trabajo. De ahí que la mención a dicho Sistema fuere la estrictamente imprescindible.

able Encíclica "Populorum Progressio"<sup>17</sup> clamaba por una autoridad mundial eficaz que prepare, coordine y rija un orden jurídico universalmente reconocido, recordando en esa oportunidad el mensaje que pronunciara ante los representantes de las Naciones Unidas alentando un incremento de autoridad en estos organismos internacionales, que impulse el acercamiento y la cooperación mutua para el digno desarrollo de todos los pueblos. "¿Quién no ve la necesidad de llegar así progresivamente a instaurar una autoridad mundial que pueda actuar eficazmente en el terreno jurídico y en el de la política?", preguntaba el pontífice.

Esta pregunta aún no ha obtenido respuesta en los hechos, quizá porque esa autoridad mundial confronta con la propia naturaleza de los Estados que la conforman, donde todavía la prioridad de sus intereses individuales no cede paso a una sincera y cabal identificación con los intereses colectivos. Si bien se reconoce la necesidad de un ordenamiento superior que sistematice las relaciones interestatales y cuenten con generalizadas adhesiones los objetivos de coexistencia pacífica y equitativa entre los Estados, está a la vista que el imperio de la autoridad internacional queda relativizado al no conciliarse aceptablemente el interés colectivo de la Comunidad Internacional con el interés nacional de supremacía de poder y control económico defendido por algunas comunidades políticas.

. . .

Al decir de Soja la "superficie terrestre está enmarañada por un laberinto de límites creados y mantenidos por los hombres."<sup>18</sup> Producto de esta capacidad demarcatoria es el concepto de *región*, que en nuestro caso se define en un espacio determinado, ocupado por Estados vecinos geográficamente, próximos en sus raíces étnicas e históricas, con recursos y formas económicas más o menos coherentes y dependientes entre sí en su desarrollo y seguridad. En este contexto se forman los sistemas regionales que denominamos *Comunidades Internacionales Intermedias* y que persiguen el bien común regional, desempeñándose como nexo válido entre la Comunidad Internacional universal y los Estados, sus unidades primarias. En consecuencia, el camino hacia un orden interestatal superior y general puede presentar la escala *Estado - Comunidad Internacional Intermedia - Comunidad Internacional Universal*.

En los últimos años se ha revalorizado el rol de los sistemas regionales, al punto que hoy se hallan cubiertas por su accionar todas las grandes regiones del mundo.<sup>19</sup> Si bien la mayoría de los pueblos han alcanzado su independencia adquiriendo capacidad para integrar la Comunidad Internacional universal, gran parte de ellos sufren diferentes niveles de desequilibrio en su vida interna provocados por la escasez o falta de plenitud de sus recursos humanos y económicos. La persistencia de tales desequilibrios produce condiciones de inestabilidad en las relaciones interestatales; será pues función relevante de los

---

<sup>17</sup> Encíclica "Populorum Progressio", Ediciones Paulinas, Buenos Aires, 1971, p. 57.

<sup>18</sup> EDWARD W. SOJA, *The political organization of space*. Association of American Geographers, Washington, 1971.

<sup>19</sup> Destácanse, entre otros, la Organización de Estados Americanos, la Liga de Estados Arabes, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, la Organización de la Unidad Africana, como así también el complejo y efectivo sistema regional europeo.

sistemas regionales actuar como entes reguladores de la estabilidad general, promoviendo en su ámbito la solución pacífica de las controversias allí suscitadas, el respaldo mutuo y la cooperación intensa entre los Estados de la región, los que ayudados en el crecimiento progresivamente fortalecerán su integridad individual aportando estabilidad al sistema superior.

Lo que acabamos de expresar sobre la cualidad reguladora de las Comunidades Internacionales Intermedias, también es válido para aquellas regiones que agrupan Estados con alto desarrollo, contribuyendo en este caso al equilibrio de poderes y la adaptación beneficiosa de tales Estados para el sistema comunitario superior.

Se desprende de lo expuesto que —al igual que los Estados— las Comunidades Internacionales Intermedias en su búsqueda del bien común regional deben admitir primero y condicionarse después a la búsqueda del bien común universal; de lo cual es posible deducir a título de advertencia, que la deformación más peligrosa que pueden presentar estas Comunidades Internacionales Intermedias reside en la tutela de alianzas de poder, amurallando detrás de su estructura intereses que eclipsen los propósitos y principios de la Comunidad Internacional universal.

\* \* \*

...el mayor bien común de las naciones se conjuga con la mejor ventura individual de cada uno de sus hijos y se identifica también con el bien común de la gran familia humana cuya expresión vital y orgánica es la Comunidad Internacional (MARIO AMADEO).<sup>20</sup>

En escasos quince años habrá de concluir el presente siglo; tiempo a través del cual el hombre probó en la ciencia y la técnica los alcances de su formidable inteligencia; el mapa de las naciones adquirió formas relativamente estables y la sociedad humana comprendió que inexorablemente deberá afrontar un *destino común*. Producto de este siglo y de estas circunstancias es el sistema inter-estatal que hoy experimentamos, perfectible todavía en muchos aspectos, pero como con justicia lo expresan las palabras del Concilio Vaticano II "las instituciones internacionales, universales o regionales ya existentes son beneméritas al género humano. Son los primeros esfuerzos para poner los fundamentos internacionales de toda la comunidad humana en orden a la solución de los graves problemas de nuestro tiempo, a la promoción universal del progreso y a la prevención de cualquier forma de guerra".<sup>21</sup>

La Comunidad Internacional definitiva sólo se consolidará cuando los Estados reviertan la vieja creencia de que no es posible obtener progreso y gran-

---

<sup>20</sup> MARIO AMADEO, *Los deberes internacionales de la persona humana*, Buenos Aires, "La Ley", 19 de marzo de 1981.

<sup>21</sup> Concilio Vaticano II. Constitución Pastoral "Gaudium et Spes". La Iglesia en el mundo contemporáneo (Construcción de la Comunidad Internacional), Buenos Aires, Ediciones Paulinas, 1968, p. 137.

deza sin una permanente lucha por la supremacía de poder sobre sus pares, cuando se reduzcan las enormes diferencias entre los que FOURASTIE y VIMONT<sup>22</sup> califican como "países de miseria" y "países de la abundancia"; en definitiva, cuando el hombre reconozca plenamente su dignidad natural y las naciones dediquen todo el esfuerzo necesario para el perfeccionamiento moral de sus pueblos.

ÁNGEL ERNESTO MOLINARI

---

<sup>22</sup> JEAN FOURASTIE y CLAUDE VIMONT, *Historia de Mañana*, 2ª ed., Buenos Aires, EUDEBA, 1965.

# Escolios

## CIENCIA POLÍTICA Y DERECHO

### 1. *Objetivo del trabajo*

Se trataría de establecer qué relaciones circulan, si es que existen, entre Ciencia Política y Derecho. Además, en el caso que se dieran, correspondería definir si existe una jerarquía entre ambos campos del saber, o sea, si el Derecho se subordinara a la Ciencia Política o viceversa.

En los tiempos que corren, sobre todo en la Argentina, y en aquellos centros donde predomina una fuerte y resistente tendencia juricista, se afirma la relación y se somete a la Ciencia Política —llamada con el ya sugestivo nombre de Derecho Político— a la esfera del Derecho.<sup>1 2</sup>

En los centros más avanzados, muy por el contrario, ni se habla de subordinación, porque lo que se niega es que ambos distritos del saber puedan siquiera relacionarse.

Si la Ciencia Política es Ciencia, afirmase, como finalmente lo es, su legalidad, extraída de una experiencia repetida, nada tiene que ver con la regla jurídica. Sería lo mismo que pretender descubrir una relación entre la física, la biología o la botánica, y el Derecho.<sup>3</sup>

### 2. *Metodología a utilizar*

La primer regla que es imposible ignorar, de carácter lógico, para evitar tremendas confusiones, consiste en definir los términos de la comparación.

Porque puede ocurrir, y de hecho ocurre en casi todos los casos, que se pretendan establecer relaciones de contenidos que pertenecen a campos del saber diferentes que, por serlo, no pueden ser comparables.

En ese sentido parecieran tener razón los que afirman que si la Ciencia Política es "física política" nada tiene que ver con la norma del Derecho.

Por ello, y desde el punto de vista de la Ciencia Política, comenzaremos por definirla, y ver si es aprehensible con una sola visión que la agota, o permite otras aproximaciones diferentes. En este último caso lo que haremos será descubrir cuál de ellas es susceptible de ser confrontada con el Derecho.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> A. E. SAMPAY, *La Ley*, noviembre 11-1961.

<sup>2</sup> G. J. BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, Aguilar, 1962.

<sup>3</sup> E. DANN OBREGÓN, *Lógica*, Santa Fe, Castellví, 1950.

<sup>4</sup> F. ARIAS PELEGRANO, *La crisis actual de las Ciencias Políticas*, Buenos Aires, FEPA, 1981.

### 3. Objeto y método de la ciencia política

Partimos de la base de que el objeto de la Ciencia Política es el Estado.

Ya se sabe que la palabra Estado no tiene tradición histórica, porque es Maquiavelo, quien por primera vez la utiliza.<sup>5</sup>

En segundo lugar, hay que recordar que es Von Stein quien siglos después introduce una cuña en la noción univalente de la palabra.<sup>6</sup>

Hasta entonces, Estado, desde Aristóteles, designaba a un conjunto de hombres, sobre un perímetro que, ordenados por una autoridad a través del derecho, buscaban un bien común que por sí solos no podían lograr. Además estos hombres habían concretado esa sociedad siguiendo una tendencia natural que racionalizaban. Von Stein, en cambio, reduce el Estado al gobierno, o sea, a la autoridad, y el resto, hombres, geografía y fines, lo asigna a la Sociedad.

Siguiendo las líneas de la doctrina a la que pertenecía, agregaba que el Estado (Gobierno) debía tener una libertad estrictamente limitada, mientras que la Sociedad sería, en principio, un ámbito de casi absoluta libre determinación.

Por nuestra parte hacemos nuestra la enseñanza de Aristóteles porque afirmamos que no existe contraposición entre Estado y Sociedad. Si se quiere, podría aceptarse la definición que el Estado es la Sociedad políticamente organizada.

Ahora bien, este objeto de la Ciencia Política, el Estado, tal como lo definimos, puede ser aprehendido desde diversos enfoques, todos ellos válidos y ninguno excluyente. Veámoslo:

a) Mi inteligencia puede, válidamente, preguntarse sobre la posibilidad de dar una definición general, universal, abstracta y necesaria del Estado.

A partir de Estados concretos, de aquí y ahora (Argentina, Brasil, Estados Unidos, etc.) y del pasado (asirios, caldeos, etc.) puedo descubrir una serie de datos constantes que se repetirán, se repitieron y se repiten, cuando se identifica al Estado.

Es lo que señalamos al principio: siempre que hubo hombres sobre la tierra, ordenados por una autoridad a través del derecho, para conseguir un fin superior al esfuerzo individual, hubo Estado.

b) Pero he aquí que también mi inteligencia puede querer conocer el Estado, que la comprende, el del "aquí y ahora" que la rodea. Y esto es posible porque *este* Estado tiene una conexión de sentido y puede ser conocido.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> A. E. SAMPAY, *Introducción a la teoría del Estado*, Buenos Aires, 1951, pp. 369/370.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 374.

<sup>7</sup> H. HELLER, *Teoría del Estado*, México, FOE, 1947, pp. 21 y ss.

En este caso lo general adquiere nombre y apellido. Los hombres son argentinos; el territorio es el que va desde la Quiaca a Tierra del Fuego y desde el Ande al Plata. La autoridad es una fórmula de determinadas políticas, grupos de interés, de presión y quizá de tensión. El ordenamiento de las conductas se efectúa a través de un plexo jurídico, y los fines se refieren tanto a la preservación de las libertades como a la construcción de una estructura de producción material de bienes, moderna y eficiente, que garantice un alto nivel de vida.

c) Asimismo también puedo conocer al Estado argentino descubriendo cómo se gestó, cómo se concretó su territorio, cuál fue su calidad y cantidad poblacional, cuáles fueron los fines que sucesivamente se propusieron, qué leyes fundamentales tuvieron vigor y cómo se desarrolló la lucha por el poder. Es decir, conozco este objeto Estado desde una aproximación histórica.

d) Finalmente, también puedo conocer al Estado argentino a través de lo que de él predica su ley constitucional. O sea, que se trata de una forma de gobierno republicana, representativa y federal, que el poder se distribuye en diferentes competencias y jurisdicciones, etc. Es fácil suponer que ahora el conocer al Estado se hace desde un ángulo jurídico.

En definitiva, el objeto Estado puede ser definido, sin mengua de la verdad, a partir de su esencia, de su existencia, de su pasado y desde su versión legal.

Claro está, y esto es importante retenerlo, que cada una de estas aproximaciones requiere métodos diferentes: el de abstracción, el empírico, el histórico y el jurídico.

Para terminar con este tema agreguemos que si reconocemos cuatro campos de conocimiento del ser estatal, ya no podría hablarse propiamente de una Ciencia Política, sino de Ciencias Políticas, que podrían denominarse, Ciencia Política clásica, la de raíz filosófica; Ciencia Política Empírica, la sociológica; Historia Política, la de los hechos políticos pasados y, finalmente, Derecho Político, la que efectúa la aproximación jurídica.

#### 4. Ciencia Política Clásica y Derecho

La Filosofía Clásica, que tiene por misión develar el ser de todos los objetos, emprende su labor inquiriendo para definir cada uno de ellos, por su origen, su materia, su forma y su fin.<sup>8</sup>

La Filosofía o Ciencia Política Clásica, entonces, define a su objeto de conocimiento, el Estado, preguntando por sus causas, eficiente, material, formal y final.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> D. MERCIER, y otros, *Tratado Elemental de Filosofía*, Barcelona, Gili E., 1909, pp. 641/81.

<sup>9</sup> A. E. SAMPAY, ob. cit., pp. 395 y 402/3.

Circunscribiéndonos a lo que nos interesa, recordemos que la causa formal del Estado es el orden. O sea, que los hombres sobre el territorio no están sin relacionarse, sino guardando una determinada actividad coordinada hacia un fin.

Si esto es así se supone que, lógicamente, este orden está propuesto por la autoridad o poder, pero, lo que es más importante a los efectos de dilucidar nuestro tema, es que esta autoridad o poder coordina las actividades humanas de la comunidad *a través del Derecho*.

Esto lo ve claro Hauriou, cuando define al poder "como una libre energía que gracias a su superioridad asume una empresa de gobierno mediante la creación continua del orden y el derecho".<sup>10</sup>

La conclusión parece clara: el Derecho es el *medio* que utiliza el poder para encauzar las conductas al logro del bien común. Esto es obviamente probable porque cuando la autoridad establece un criterio de conducción lo hace saber a los gobernados mediante la creación de leyes. Las órdenes, no las da verbalmente. Si se acepta lo dicho también parecería obvio afirmar que la relación entre Ciencia Política Clásica y Derecho, existe, y que la primera subordina al segundo.

Teóricamente, esto se comprueba cuando se advierte que los clásicos asignaban a esta Ciencia Política un valor arquitectónico, que significaba que todas las artes operativas y ciencias prácticas le estaban subordinadas, razón por la cual: les daba sus principios, las controlaba en su ejercicio, y las utilizaba para el cumplimiento de sus fines.<sup>11</sup>

Pero hay todavía otra relación más conflictiva. Ya dijimos que el Estado puede ser además definido por su fin, y que éste no puede ser logrado por el esfuerzo solitario.

Es más, si este bien común no existiera, el hombre dejaría de ser hombre, porque para serlo tendría que ser satisfecho en una dimensión que sólo asociado con otros hombres podría lograr. Por eso es que el Estado, ontológicamente hablando, no sólo no es un mal, ni un mal necesario, sino el único que puede dispensar el bien perfecto. Este bien, que coincide con el de la plenificación del hombre, responde a las exigencias duales de la esencia humana, que tiene reclamos espirituales y materiales.

Para lo primero, el Estado debe crear un marco de realización que permita que el hombre, usando de su libertad, elija la vía de plenificación correcta.

Para lo segundo, debe establecer un orden que apunte a que cada integrante de la comunidad tenga un "buen vivir".

---

<sup>10</sup> L. SÁNCHEZ AGESTA, *Lecciones de Derecho Político*, Granada, Prieto, 1954, p. 429.

<sup>11</sup> A. E. SAMPAY, ob. cit., p. 461.

Luego de estas breves reflexiones correspondería preguntarse, también brevemente sobre la esencia del Derecho.

### *5. Derecho Natural y Derecho Positivo*

El primero es el que está inscripto en la conciencia individual y colectiva, el que manda dar a cada uno lo suyo, el que se equipara con lo justo.

Y lo justo es todo aquello que coadyuva a la realización plena del hombre, compuesto de alma y de materia y, por tanto, con un doble orden de exigencias.

O sea, que el hombre para la consecución de su fin, que es para el cual ha sido creado con suprema dignidad, necesita se le garantice un ámbito de condiciones mínimas, pero esenciales, a los efectos de su realización.

En un orden ontológico, enumeraríamos el derecho a buscar la Verdad y luego el derecho a sujetar a sus pasiones para que no obstaculice esa posesión de la inteligencia de lo verdadero.

Luego, estaría el derecho a la vida, a la procreación, a la salud del cuerpo y a la cobertura de sus necesidades de vestido y de casa.

Desde ya que todos esos derechos, y los que se pudieran agregar, surgen de su suprema dignidad, la de haber sido creado a imagen y semejanza de Dios, y si se quiere, la de ser templos del Espíritu Santo.

Pero estos derechos generales, universales y necesarios, deben recibir una transcripción histórica para adecuarlos a las condiciones cambiantes de una realidad cuya nota característica es precisamente la fluidez.

Es entonces cuando aparece el Derecho Positivo que es tal cuando hace efectivas las reglas naturales.

### *6. El fin ontológico del Estado y el Derecho Natural*

Con las breves aclaraciones formuladas antes es relativamente fácil ver la relación entre ambas.

Simplificando podría decirse que el fin ontológico del Estado coincide con el fin del Derecho Natural.

El hombre no podría alcanzar su plenificación sin la imprescindible actividad estatal tendiente al fin para el cual la comunidad política fue creada, el bien del ser humano<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 418.

## 7. El fin sociológico del Estado y el Derecho Positivo

Pero también el bien común necesita y exige una traducción histórica adecuada a cada momento del discurrir de los tiempos.

El logro de la Verdad y la sujeción de las pasiones, el derecho a la vida y al "buen vivir" no tienen, obviamente, respuestas iguales en los distintos tramos del devenir.

Por eso los mismos preceptos del Derecho Natural sin variar pueden, legítimamente, traducirse, en forma diversa, a lo concreto.

Piénsese que hasta hace muy poco tiempo no existía el control de la natalidad a través de mecanismos químicos, ni la inquietante ingeniería genética, que pueden repetir, esta vez en los hechos, el "mundo feliz" de Huxley, ni la explosión demográfica que arroja miles de millones al hambre, la enfermedad y la aculturización, mientras se despilfarran inmensos recursos en armamentos de horror, o no se explotan recursos alimenticios tradicionales o novedosos.

Aclaremos; es lo concreto lo que cambia, no la ley natural, que sí debe darse a la tarea de dar respuestas imaginativas nuevas a la dinámica de hechos inéditos, para de esa forma servir a los hombres.

Pero también puede ocurrir que aparezca un presunto Derecho Positivo que no sea reflejo de la norma natural, y sí expresión de las relaciones de poder circunstancial.

El presunto Derecho Positivo sería, entonces, el de los vencedores.

Desde el punto de vista socio-político muchas veces sigue valiendo la propuesta de Maquiavelo, según la cual la Política se agota en la conquista del poder y en permanecer el mayor tiempo posible en él. Cuando esto se da no hay ninguna duda que el pretendido Derecho es un simple instrumento de las constelaciones de poder.

Es Derecho todo lo que me permita seguir permaneciendo en el poder, y antijurídico lo que pueda provocar mi desplazamiento.

En ese sentido está siempre vigente el pensamiento de ese gran autor, Guido de Ruggiero, cuando ya atisbaba que la relación entre Liberalismo y Democracia era peligrosa, porque la segunda podía hacer tambalear al primero.<sup>13</sup>

Lo mismo el marxismo, cuando luego de calificar al Derecho como una superestructura, no vacila en proscribir la democracia electoral. Para terminar tengamos en cuenta que el fin ontológico del Estado debe traducirse según las diferencias de espacio y de tiempo en forma diversa.

---

<sup>13</sup> G. DE RUGGIERO, *Historia del liberalismo europeo*, Madrid, Pegaso, 1944.

Por ejemplo, el bien común argentino, hoy, a diferencia de fin de siglo, puede ser la misma enunciación de la libertad ontológica del hombre, pero su traducción actual debe tomar en cuenta que muchas veces la capacidad libre de decisión humana está inconsciente y subliminarmente afectada por el manejo de los "mass-media" por parte de ultraminorías con intereses inconfesables.

Lo mismo ocurre con el "buen vivir". Las exigencias concretas de hoy son, en cantidad y calidad, diferentes de las que aspiraba el hombre argentino hace cincuenta años.

### 8. *Antropología, Ciencia Política y Derecho*

Si la Ciencia Política y el Derecho están comprendidos por la Ética y ésta tiene por objeto de conocimiento los actos humanos con el fin de que el hombre obre para lograr su felicidad, es evidente que tanto una como otro están dependiendo de la ciencia última del hombre, que no es otra que la Antropología filosófica.

Porque es evidente que tanto la Política como el Derecho existen para estar al servicio del hombre y no viceversa.

Quiere decir que los fines políticos y jurídicos deben adecuarse al fin del hombre, razón por la cual lo importante y decisivo es saber qué es el ser humano, cuál el sentido de su vida y de su relación con las otras cosas.

### 9. *Conclusiones*

a) A nivel filosófico existen relaciones entre Ciencia Política y Derecho. Esto se ve, primero, al estudiar la causa formal del Estado, que es el orden, donde surgen como "proprios", la autoridad y el Derecho.

También existen relaciones en lo referente a la causa final, porque el fin del Estado es el bien común que se confunde con el bien del hombre. Lo justo sería que el hombre pudiera plenificarse en su integridad, satisfaciendo sus apetencias espirituales y materiales, y esto es precisamente lo que es el contenido del bien común, fin del Estado.

Visto el problema desde el ángulo de la causa formal, el Derecho se subordina a la Ciencia Política; desde la causa final, hay una coincidencia.

Desde ya que todo depende, como se dijo en el punto anterior, de la concepción que se tenga del hombre (materia o espíritu, ángel o demonio, o ambas cosas, principio y fin de todas las cosas, o centro de la creación pero subordinado a su creador, etc.).

De las respuestas que se den, entonces, al origen de la vida, sentido de la existencia, de la muerte, de la relación con los demás, y con la naturaleza, y con un centro trascendente o immanente, dependerá el contenido del fin del Estado y del Derecho.

b) A nivel sociológico el Derecho viene a ser instrumento de la Ciencia Política, que debe vertir los contenidos generales, ontológicos y antropológicos, a una situación concreta dada.

O sea, que no es verdad que la Ciencia Política Moderna, puramente empírica, no tenga nada que ver con el Derecho, como no lo tiene que ver la física atómica, por la sencilla razón de que la regularidad de esta Ciencia Política sociológica tiene como protagonista al hombre, que pese a todos los condicionamientos, es un ser libre.

El error parte de la concepción equivocada, de tipo epistemológico, de que sólo son Ciencias las de la materia. También hay ciencias de la cultura, no sólo de la naturaleza.

Por cierto que puede darse una perversa mediatización del Derecho cuando la sensualidad del poder deja de referirse a contenidos ontológicos y antropológicos, de cualquier signo que sean, para anclarse, exclusivamente, en el deseo de permanencia en el mando. Entonces, como ya se dijo, es Derecho todo lo que apunta a la consolidación de un sistema tiránico, de cualquier signo que sea, y es "injusto" todo aquello que pueda poner en peligro la constelación dominante.

Finalmente, la falta de referencia a valores objetivos lleva necesariamente, a una concepción falsa de la Ciencia Política y del Derecho.

c) La Historia de los hechos políticos sirve, justamente, para probar todo lo dicho anteriormente.

d) En cuanto a pretender que la norma positiva fundamental comprende a la Ciencia Política, debe afirmarse que esa concepción es errónea, lo que se prueba con sólo recordar que es el mecanismo político el que la establece, a través del procedimiento que sea. La Constitución es, efectivamente, el *medio* por el que se hace pública y obligatoria una concepción del hombre y del Estado.

FRANCISCO ARIAS PELERANO

## FUERZAS Y DEBILIDADES DEL RÉGIMEN SOVIÉTICO \*

El problema de la fuerza o la debilidad de la Unión Soviética se presenta de manera totalmente diferente según se considere que éste es "un estado como cualquier otro" o que no lo es. Puesto que los estados occidentales, por naturaleza, no pueden tener con la Unión Soviética sino relaciones de estado a estado, paulatinamente se ven llevados a pensar que estas relaciones de estado a estado son extremas y que las otras carecen de importancia o que adquieren un lugar subordinado. Este no es el caso. Pero pueden extraerse de aquí dos análisis muy diferentes según se los conduzca desde el ángulo de la simetría de las relaciones entre los estados, o de la disimetría de las relaciones entre los estados (los nuestros), por una parte y, por otra el movimiento comunista internacional, con el Partido Comunista Soviético —PCUS— a la cabeza, y disponiendo, como instrumento principal, del estado soviético.

La mayor parte de los análisis sobre la Unión Soviética se efectúa desde el ángulo de la simetría. Se supone implícitamente que el régimen soviético surge de los mismos criterios que los nuestros. En consecuencia, se desemboca en un cuadro de fuerzas y de debilidades de la Unión Soviética enumerando los elementos que constituirían en nuestros países elementos de fuerza o de debilidad.

En materia económica, basándose en las estadísticas soviéticas, debidamente corregidas o no, se determinan los progresos rápidos o las deficiencias persistentes de la producción industrial y agrícola. Se calcula el producto bruto interno, el nivel de vida, el nivel del presupuesto militar. Se llega así a afirmaciones del tipo de: "la carga de los armamentos pesa mucho sobre el consumo individual". "La crisis petrolera obligará a la Unión Soviética a buscar fuera de su territorio los aprovisionamientos que necesita". "Las necesidades de la economía moderna obligarán a moderar las rígidas estructuras de la planificación". "El comercio este-oeste sembrará los gérmenes de una economía de mercado y vinculará en forma duradera los intereses económicos soviéticos con los nuestros".

En el orden político y militar, la visión simétrica consiste igualmente en apreciar la fuerza o la debilidad de la Unión Soviética según factores que, en nuestros estados occidentales clásicos, afectan la debilidad o la fuerza. La presencia de nacionalidades irreductibles, como los turcos musulmanes de Asia central, será apreciada en función de la experiencia de los imperios coloniales, especialmente del imperio francés. La medida de su expansión demográfica, de

---

\* Conferencia dictada en la Cátedra Libre de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Argentina, que preside el Dr. Juan Rafael Llerena Amadeo.

su cohesión religiosa o cultural proporciona un indicio de la cohesión de la Unión Soviética, asimilada sin más precaución, a un imperio clásico derrumbado o no. La pequeña rotación de los puestos, la estratificación jerárquica, la tendencia a la hermeticidad de las capas dirigentes, acarrea una esclerosis que manifiesta la gerontocracia del politburó? La militarización creciente de la economía, de la vida social y cultural, ¿no acarreará la formación de un complejo militar-industrial o aun un golpe de estado militar que barrerá el viejo régimen leninista sin aliento, e intentará con renovadas fuerzas alcanzar los objetivos permanentes de Rusia, “el acceso a los mares cálidos”, “la protección de su explanada europea”, “la conquista de las materias primas y las fuentes de energía...”?

Acabo de referirme a una problemática acerca de la cual todos conocemos innumerables ejemplos y que crece como una hidra en torno a la soviología. No es fácil liberarse de ella, porque en cierta forma cubre adecuadamente un sector limitado del campo de la reflexión que constituye la Unión Soviética. El error consiste en tomar este sector por la totalidad del campo. El sector en cuestión comprende las funciones del estado o, sobre todo, algunas de ellas. En nuestros países, el estado actúa como árbitro entre los grupos sociales; garantiza la justicia, la seguridad y la prosperidad de los ciudadanos; entra en relación con la sociedad y la representa a ella misma y frente a otros estados. De todas estas funciones, el estado soviético se despreocupa justamente porque no es muestra de la sociedad y no es responsable delante de ella. Muy por el contrario, su función es representar los intereses de lo que él llama el socialismo. Emplea, pues, contra la sociedad todos los medios de fuerza que la sociedad le había entregado otrora para su conservación. Exteriormente, el rol del estado no es asegurar a la nación rusa la seguridad o la grandeza: es el instrumento del socialismo cuya vocación es expandirse en la tierra. Utiliza, pues, exteriormente todos los medios de fuerza que el estado tiene por tradición, y en particular el estado ruso, pero para fines completamente diferentes y que no conciernen a Rusia. El error radica en creer que, dado que utiliza los medios de un estado —que siguen siendo los de un estado: diplomacia, ejército, comercio, ganancia de ventajas territoriales, ganancia de influencia, etc.—, persigue los fines de un estado.

Este fue el error de personas tan notables como Roosevelt, Churchill, de Gaulle y Kissinger. Quisieron hacer entrar a la Unión Soviética en un concierto de las potencias, intentando hacer brillar los intereses comunes a todos los estados, cualquiera fuesen éstos. Empero, el socialismo para el cual está dispuesto el estado soviético, excluye justamente la idea de una comunidad de interés.

Es a partir de la naturaleza y las finalidades propias del sistema económico y político soviético que se debe, por lo tanto, intentar trazar un cuadro de las debilidades y las fuerzas. El proyecto soviético *no es* desarrollar la economía, hacer reinar la justicia social, elevar el nivel de vida o el nivel de instrucción. *Es hacer que ocurra el socialismo.* Que nadie entienda del todo el sentido de esta idea; que —como escribe Boukovsky— nadie “cree más en esta idea, comenzando por los dirigentes y hasta el simple soldado”, no cambia nada. En efecto, agrega Boukovsky, no existe el modo de cambiar esta finalidad, que es propa-

gár el sistema por todo el globo. “¿Qué pueden hacer los dirigentes soviéticos; que han obligado a su pueblo a realizar sacrificios inmensos, que han sacrificado una parte de su población, que exigen sistemáticamente nuevos sacrificios para alcanzar un objetivo imaginario? Es imposible bajarse de un tigre una vez que uno se ha subido sobre él. La menor duda, el menor debilitamiento del poder es capaz de marcar el comienzo del fin en esta guerra civil larvada. No queda sino vencer, continuar extendiéndose”.

La Unión Soviética no es pues ante todo un estado: es “una base de subversión universal”, un centro de expansión revolucionaria o de cristalización progresiva del planeta sobre el modelo del germen cristalino inicial.

Si ese es el proyecto, la noción de fuerza o de debilidad debe aplicarse únicamente a los medios de realizar este proyecto. Convengamos en distinguir los medios materiales y los medios morales. Materialmente, el fin es construir un sistema de producción capaz, de generar, primero, un sector de poderío técnico y económico que pueda sustentar un aparato militar competitivo con el adversario principal y un aparato político y cultural capaz de cercar eficazmente la población; segundo, un sector capaz de imitar al socialismo, de dar la impresión de que el socialismo existe, con planificación, inspección y control, hombre nuevo, etcétera; tercero, un sector fuera del socialismo, mercado libre o mercado negro, capaz de constituir una reserva económica o donde se alimentarán los otros dos sectores. El problema es asegurar el equilibrio dinámico general de este sistema, sabiendo que el sector primero, es prioritario, que el segundo no puede abandonarse y que el tercero no debe exceder las funciones de válvulas de seguridad y de control regulador que le están asignadas.

Moralmente, el objetivo es construir y mantener un aparato político y cultural capaz de generar, primero, una ideología que otorgue legitimidad, es decir, una interpretación global y presuntamente garantizada por la ciencia, del mundo y de la historia humana; segundo, una organización de nombres reunidos por la posesión común de una ideología y que forman el movimiento comunista mundial; tercero, el control, la animación y, si llega el caso, la dirección del movimiento comunista mundial por parte del mayor de los partidos comunistas, que en la URSS asume igualmente las funciones del estado, el Partido Comunista de la Unión Soviética. El problema es asegurar el equilibrio dinámico general de este sistema sabiendo que la coherencia del partido depende de la ideología, y que el poder sobre la Unión Soviética, así como el poder sobre el movimiento comunista internacional, dependen de la coherencia del partido.

Teniendo en mente esta disimetría fundamental entre el mundo soviético y el nuestro, podemos ahora bosquejar un balance.

He aquí una lista, no restrictiva, de los elementos “positivos”: 1) La inmensidad de los recursos brutos. El partido comunista soviético domina directamente un sexto de los suelos del planeta, provistos de todas las riquezas minerales y agrícolas, poblados por 270 millones de seres humanos. Su dominio indirecto es más extendido todavía. Desequilibrios de orden demográfico, tecnológico o alimentario, por ejemplo, y también militar, pueden ser contenidos durante mucho tiempo y compensados sin poner en peligro el equilibrio general.

2) La ausencia de una oposición por parte de la sociedad. En Yugoslavia, en Hungría, en Polonia, el partido debe acomodarse con la oposición permanente y multiforme de la sociedad. En la Unión Soviética, la sociedad, es decir, todos los grupos capaces de una autoorganización espontánea y de cierta autonomía (iglesias, clases sociales, agrupaciones profesionales, la mayoría de las nacionalidades, opinión pública, inteligencia, etc.), ha sido quebrada y atomizada no hasta el punto de desaparecer sino hasta el punto de no discutir más el monopolio político y cultural del partido.

3) La unidad del partido. Esta superioridad histórica del partido comunista de la Unión Soviética —PCUS— sobre el partido comunista chino, que consiguió atomizar y controlar la sociedad en forma más completa, pero jamás pudo adquirir esta unidad monolítica de la que se jacta con todo derecho el partido soviético, como si fuera su tesoro más preciado.

4) La dirección del movimiento comunista internacional. La tradición de este movimiento, la coherencia ideológica y la lógica política quieren que exista un centro estratégico y que éste no sea el PCUS. Éste, por su parte, mantiene inteligencias dentro de los partidos hermanos y algunas veces aparatos que consolidan su liderazgo, el que es sinceramente aceptado. De este modo, puede obrar como árbitro entre el interés del movimiento comunista internacional y el interés particular de tal o cual partido comunista local, teniendo en cuenta que el interés general debe coincidir con el del PCUS, que es su capataz y su guardián. Desde la muerte de Stalin, a partir de la disidencia china, el PCUS estableció estructuras flexibles pero que han funcionado hasta ahora con eficacia.

5) La autoocupación en la zona de dominación. No hay imperio soviético como había un imperio ruso, pero hay una dominación comunista. La misma está asegurada *in situ* por los partidos locales. Su presencia en el poder está garantizada por el movimiento comunista internacional; en última instancia, por el ejército soviético. Este ejército no tiene pues que hacer frente a las tareas de ocupación efectiva y directa que extenuaron a los imperios clásicos y, más últimamente, al imperio nazi.

6) La persistencia de una alternativa comunista en toda crisis política. Así sea que ésta golpea a un antiguo régimen (la Rusia de los zares, el Irán imperial), a una nación en vías de formación y de descolonización (Vietnam, Angola), a una dictadura latinoamericana (Cuba, Nicaragua), a un régimen autoritario (Portugal), a una democracia (Chile, Francia, Grecia), ante todas estas crisis que el partido comunista no preparó ni tampoco previó, y que engendrán provisoriamente una situación revolucionaria, el orden comunista se presenta como una alternativa plausible a la crisis. Y el partido, que jamás hace una revolución pero que está construido para manejar una crisis revolucionaria, puede abrirse camino a favor de esta crisis hacia el poder. El poder comunista se ofrece como la solución universal de toda crisis revolucionaria, cualquiera que ella sea.

Pero, sin embargo, el proyecto soviético tiene dificultades graves e insolubles, pese a que no están donde creemos.

Primero, la evolución económica más asombrosa es, por cierto, la podredumbre progresiva del sector socialista civil de la economía. Todo lo que es *kolkhoze*, *soukhoze*, planificación de fábrica normal, parece hundirse en un desorden, una impotencia, un desperdicio inextricable. Esto acarrea un desarrollo correlativo del sector fuera del socialismo, que se enriquece con actividades que el sector socialista es incapaz de proveer, del mismo modo que con mercaderías que caen de este sector por medio de la corrupción y del robo. La mano de obra, cuando no está compuesta por vagabundos o por gente embrutecida por el alcohol, practica una obstrucción a la producción concertada permanente dentro del sector socialista y vende su trabajo en el mercado negro que existe para estas actividades.

Segundo, desde la óptica soviética, una situación como ésta, con todas sus miserias, es perfectamente soportable en tanto que no acarree consecuencias políticas. La escasez, si gana las ciudades, y especialmente Moscú y Leningrado, puede ser generadora de ciertos peligros. Pero el más grave es que actúa sobre el sector prioritario de la producción de poder y corre el riesgo de paralizarlo. Con el fin de seguir siendo competitivo en Occidente, el sistema militar soviético acarrea una concentración de los recursos tecnológicos, humanos y materiales a tal punto que existe el riesgo de que pronto sea peligrosa y, al mismo tiempo, insuficiente. La base logística del sistema militar, cuya estrechez estaba compensada por la concentración de los recursos que permite el sistema político, corre el riesgo de volverse definitivamente demasiado estrecha a favor de un curso armamentista que Occidente decidiría emprender con conocimiento de causa.

Tercero, en el orden moral, la situación de la ideología no es excelente. La ideología es la columna del sistema. Constituye la legitimidad última del poder y de la existencia misma del partido. Ahora bien, su estado de salud se presenta de una manera bien diferente según ella esté o no en el poder. Fuera del "campo socialista", la ideología marxista-leninista no ha perdido nada de su atractivo. En Europa declina en las áreas altas de la inteligencia, pero continúa prosperando en el mundo inmenso de los semiintelectuales, animadores, maestros, profesores de enseñanza secundaria, vicarios parroquiales, etc. Se implanta en las regiones hasta hace poco indemnes: Inglaterra, Estados Unidos. En toda la zona latinoamericana se alimenta con la crisis de la Iglesia. Se metamorfosea en mesianismo soteriológico idénticamente marxista y cristiano. El primer castro, el del Che Guevara, fracasó; el segundo triunfa gracias a la correa de transmisión eclesiástica y a la teología llamada de liberación.

Pero en el interior del mundo comunista, la ideología dejó de ser una creencia. Es un lenguaje, el lenguaje obligatorio de los asuntos públicos y, para los miembros del partido, igualmente de los asuntos privados. Es el signo y el medio del poder, se confunde con el poder. Pero ya no cuenta más con la adhesión espontánea y sincera, a diferencia de lo que sucedía todavía con frecuencia en los años cincuenta. Es antes un condicionamiento adquirido desde la infancia que un código de comportamiento.

Cuarto, debido a esto, el partido está expuesto a la corrupción. Denomino corrupción a la pérdida de su esencia leninista. Dos males corroen al partido.

Ante todo el cinismo, es decir, una disposición a desprenderse interiormente de la ideología y emplearla únicamente como un pasaporte para el poder. Al poder se lo quiere por las ventajas concretas que puede brindar y no para promover los intereses abstractos del socialismo. El partido, en esta línea, tiende a transformarse en *casta* privilegiada. Luego, se produce la propensión a entrar en relación de interés con la sociedad. El miembro del partido trafica, recibe dinero, hace pagar su protección, modifica las decisiones políticas en función de los intereses de tal o cual grupo social con el cual guarda relación, y no en función de la línea pura definida por la dirección del Partido. El mismo, en este derrotero, tiende a transformarse en clase privilegiada. Ahora bien, la naturaleza del partido no es ser una casta ni una clase sino una especie de secta o de orden, presente en la sociedad, pero rigurosamente separado de ella y sin vínculo orgánico con ella. Con el fin de proteger al partido del contacto con la sociedad, es necesario reservarle una red de comercios, escuelas, hospitales aparte. Sin embargo, con el paso del tiempo, esta barrera se vuelve porosa. Las ventajas materiales atribuidas a la función deben ser aumentadas sin cesar para disuadir a los miembros de que busquen otras por sus propios medios.

Quinto, en un punto del campo socialista, en Polonia, existe peligro inminente de pérdida del poder socialista. Lo que tiene de mortal esta eventualidad es que una vez que el socialismo es derribado, uno se da cuenta de que nunca existió; o más aun, tan pronto como la construcción del socialismo llega a su fin, uno comprende que jamás comenzó. Por este motivo, es menester restaurar el poder socialista cueste lo que cueste. Pero en Polonia esto no parece fácil de lograr.

De todos estos problemas, la dirección del partido es consciente. Hay muchos caminos para intentar resolver la crisis. El primero sería regresar al estilo staliniano de gobierno. Pero no es practicable. Ante todo, sería necesario purgar el partido, y la dirección actual conoce el precio y el peligro de este tipo de operación. En seguida, esto traería aparejado un derrumbamiento del poder del estado soviético. La supresión de las parcelas acarrearía la escasez; la reducción de la clase obrera a una masa servil y temerosa paralizaría el aparato de producción oficial dentro del sector donde debe ser competitivo, el material de guerra; la supresión del mercado paralelo bloquearía el conjunto de la economía. El segundo camino sería la liquidación del régimen soviético. El alivio sería tan grande, que poco importaría que subsistieran la miseria o la opresión. Además, el partido podría actuar sobre la realidad mediante vías racionales, poner fin al desbarajuste industrial y agrícola. La industria de guerra, apoyándose finalmente en una economía viva, bien administrada, podría desarrollarse sin ser obstaculizada como lo es por una infraestructura caótica y absurda. Por último, el partido podría consolidarse en clase o en casta, pues todas sus ventajas y privilegios actuales guardan, debido a la ideología, un carácter precario e ilegítimo.

Empero, ¿se puede renunciar a la ideología? Como lo ha demostrado Solzhenitsyn en su "*Carta a los Intelectuales Soviéticos*", sería un cambio de legitimidad. No podría operarse sin un vacío de Poder. Ahora bien, las tensiones son de tal magnitud que todo podría explotar y descomponerse en algunos días. Luego, una vez destruida la magia ideológica, el nuevo estado nacional

bolchevique debería hacer frente a contra-legitimidades entre las cuales las más terribles serían las oposiciones nacionales. Finalmente, es una perspectiva falsa creer que la Unión Soviética es el antiguo imperio ruso simplemente recubierto por un barniz de fraseología socialista. La ideología no es un viejo velo que al descorrerse dejaría ver la gran realidad rusa. Detrás de la ideología no hay sino el vacío.

Por ello, Brezhnev siguió un tercer camino, consistente en una navegación a la vista entre el imposible regreso a Stalin y la peligrosa desviación hacia el bolchevismo nacional. Políticamente, se colocó, pues, en el centro, y trató de que el poder del partido sacara provecho de la magia de la ideología, cuyo monopolio fue cuidadosamente preservado, así como el gran realismo ruso del bolchevismo nacional.

Su *política interior* fue prudente y conservadora. No se renuncia a los grandes recursos de Stalin y de Khrushchev porque se sabe que los problemas no son solubles. Pero se los puede controlar. Siempre es posible mediante arrestos discretos, mediante su agotamiento, poner en vereda a las oposiciones dispersas y débiles. El país se sumerge en una atmósfera entumecida de antigua presión o de antiguo asilo, pero el avasallamiento generalizado termina separando de los placeres específicos y haciendo que la sociedad sea más fácil de gobernar.

La política exterior está maximizada porque, por el contrario, se espera el taponamiento y la supervivencia del régimen. La política exterior se desplaza en dos direcciones. En la primera, se trata de obtener estados occidentales que subvencionen el sistema de producción y de poder soviético. Ya obtuvieron más de 80.000 millones de dólares, más que el costo del plan Marshall. Pero a diferencia de lo que ocurre con el plan Marshall, estos créditos están dirigidos directa o indirectamente al plano militar, el que permite ejercer una presión suplementaria sobre Occidente con el fin de que sus miembros le den todavía más. La recolección de la tecnología es de una importancia por lo menos igual. En la segunda dirección, se trata de obtener aquello que yo denominaría, con un término voluntariamente amplio, grandes éxitos, extendiendo el dominio del comunismo mundial y manteniéndolo bajo el control de PCUS. Todo gran éxito suelda de nuevo la alianza ya sexagenaria entre el bolchevismo y gran nacionalismo ruso, y resuelve, conforme a la línea brezhneviana, la contradicción latente entre la línea neostalinista y la línea nacional-bolchevique. El régimen vuelve a convertirse en popular. El éxito vuelve a buscarse por todas partes, pero el gran éxito es aquel que marcaría la victoria estratégica decisiva en el gran conflicto metafísico entre el "socialismo" y el "capitalismo". Me parece que lo que está en juego no puede ser otra cosa que Europa. Conquistas sin guerra es el método comunista. ¿Pero se puede hacer caer a Europa sin hacer guerra? No obstante, a medida que el régimen se pudre, la búsqueda del gran éxito se vuelve una necesidad urgente. Allí nos encontramos en una incertidumbre de la que tomamos parte tanto los soviéticos como nosotros.

¿Qué hacer? Nos contentamos con actuar en la perspectiva de la simetría. Lo esencial de los medios que consagramos a hacer frente a la Unión Soviética consiste en reforzarnos en cuanto a estado y contra un estado al que se atribuye la misma naturaleza y el mismo objetivo. No hay duda de que este

aspecto de nuestro esfuerzo es necesario. Es menester que tengamos un ejército competitivo, una diplomacia calificada, información sobre el estado de las fuerzas, de las zonas de influencia y de los intereses protegidos. Sin embargo, este esfuerzo quedará impotente porque está en falso en relación con la acción principal que es ejercida contra nosotros y que nos obstinamos en no reconocer.

Tenemos, no obstante, algunos medios de lucha. Materialmente, le proveemos de los capitales, de la tecnología, de la potencia. Las empresas no están equipadas para rechazar un pedido de crédito o la oferta de un mercado. Pero los estados occidentales sostienen este comercio, ya sea por medio del keynesianismo, y porque se debe hacer funcionar la industria cueste lo que cueste; ya sea porque esperan de este modo unir el régimen soviético y a la larga transformarlo; ya sea, finalmente, para conseguir la paz mediando un precio. Sería necesario que comprendieran que Keynes, quien recomendaba cavar agujeros y volverlos a tapar, jamás recomendó armar a los propios adversarios; que reforzando el poderío soviético se aumenta su autonomía y se consolidan sus estructuras; finalmente, que si se quiere obtener la paz, se la deberá pagar cada vez más cara, a medida que el adversario es mayor y, gracias a Occidente, se halla en condiciones de librar una guerra.

Moralmente, podemos acelerar la declinación de la ideología y, en consecuencia, la erosión de la legitimidad socialista. Es muy importante para el régimen obtener de nosotros una legitimación continua, imponiéndonos el empleo del vocabulario socialista en las transacciones y las negociaciones. Cada vez que aceptamos que este régimen es socialista y partidario, en el sentido que nosotros le damos a esas palabras, al igual que de la paz, de la independencia, de la no injerencia, de la democracia, de la distensión, de los derechos humanos, del progreso social, de la igualdad de las razas, aunque no lo creamos, aunque pensemos que son palabras sin importancia, nos comprometemos. Nos comprometemos de la misma manera que los ciudadanos soviéticos que hablan el idioma duro de la ideología sin creer en él. Damos gratuitamente a este régimen una honorabilidad, una legitimidad y, sobre todo, una realidad que no tiene. Es más, ningún gobierno se arriesga a criticar al régimen soviético como tal. La palabra "comunismo" no se utiliza más. La Iglesia Católica no la emplea desde 1964. Es tabú.

Pero abandonar este vocabulario y quitar legitimidad al mismo tiempo al régimen soviético supone la aceptación de una batalla política de primera magnitud. Nuestros gobiernos no pueden ganarla a menos que cuenten con el apoyo de la población. Ahora bien, este apoyo no se obtendrá a menos que esta población esté informada de las realidades y, sobre todo, de la naturaleza del régimen soviético. La Unión Soviética ejerce un gran peso para bloquear la información que le concierne. Esta información es pues, lo que está en juego en la misma batalla política. Pero la ilusión más grande sería creer que podemos eximirnos de librarla preparando simplemente la batalla militar, es decir, encerrándonos de entrada en las relaciones simétricas de estado a estado. La batalla militar se perderá o, mejor dicho, ni siquiera se libraré, si la batalla política previa se evita, es decir, se pierde.

ALAIN BESANÇON

## Documentos

### EL NUEVO CÓDIGO DE DERECHO CANÓNICO, INSTRUMENTO DE RENOVACIÓN Y VITALIDAD ESPIRITUAL PARA LAS PERSONAS, LAS COMUNIDADES LOCALES Y LA IGLESIA UNIVERSAL

A mi venerable hermano  
Joseph Plourde,  
arzobispo de Ottawa (Canadá)

Informado de la próxima celebración en Ottawa del Congreso de la Consoctio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovenlo, le escribo para pedirle que manifieste a todos los participantes la seguridad de mi profundo interés pastoral y mi cercanía en la oración.

Me agrada saber que el tema escogido para el Congreso es el del nuevo Código de Derecho Canónico. Es muy conveniente, en efecto, que a tan corta distancia de la promulgación de la nueva legislación de la Iglesia, se hagan especiales esfuerzos para promover un conocimiento complejo de su significado e importancia. No dudo de que todos vosotros os estáis ya esforzando por hacer esto en vuestras propias Iglesias y comunidades locales, cada una mediante vuestra singular e importante acción. El presente congreso os ayudará, sin duda, en esta tarea, al aportaros un conocimiento más amplio del contenido del nuevo Código; así tendréis un aprecio cada vez mayor del mismo, como instrumento al servicio de la Iglesia universal, de cada individuo y de cada comunidad local.

La Iglesia es la edificación de Dios, de la que Cristo es la piedra angular; de este fundamento recibe la Iglesia su perennidad y estabilidad (cfr. Lumen gentium, 6). Así, pues, es justa la afirmación de que la legitimidad y signi-

ficado de los diferentes elementos de la vida y estructura de la Iglesia residen en la relación de estos elementos con la voluntad de Cristo, Fundador y Cabeza de este Cuerpo. En este sentido, el presente Código, que enuncia los principios esenciales y declara las normas necesarias para el adecuado orden en la sociedad eclesial, ha de ser considerado como un don precioso, un regalo de Cristo a su Iglesia: un regalo que toda la comunidad eclesial debe acoger con alegría y agradecimiento. Las leyes de la disciplina canónica como tales exigen una respuesta fundada en una visión de fe y reavivada por el amor.

El nuevo Código de Derecho Canónico recoge las directrices del auténtico espíritu del Concilio Vaticano II, que provocó una generosa respuesta por parte de toda la comunidad católica y que fue igualmente bien acogido por las otras Iglesias cristianas y comunidades eclesiales. Es mi esperanza —y un deseo conforme con la naturaleza específica del ministerio pastoral universal de Vicario de Cristo—, que este Código revisado pase a formar parte cada vez más plenamente de la vida del Pueblo de Dios, de manera que contribuya a la reforma continua que la Iglesia necesita y por la que tan ardentemente abogó el Concilio (cfr. Unitatis redintegratio, 6).

Quisiera recordaros en esta ocasión lo que afirmé en la Constitución Apostólica Sacrae disciplinae leges acerca del papel del Código:

El Código de Derecho Canónico es del todo necesario a la Iglesia. Por estar constituida a modo de cuerpo también social y visible, ella necesita normas, para hacer visible su estructura jerárquica y orgánica; para ordenar adecuadamente el ejercicio de las funciones que le han sido divinamente encomendadas, sobre todo las que se refieren a la potestad sagrada y a la administración de los sacramentos; para que las mutuas relaciones entre los fieles puedan regularse de acuerdo con la justicia basada en la caridad, tutelando y definiendo los derechos de cada uno; y, en fin, para apoyar, reforzar y promover mediante las leyes canónicas las iniciativas comunes encaminadas a vivir la vida cristiana de manera cada vez más perfecta.

Si el Código es necesario para la Iglesia, es también muy importante que haya canonistas profundamente conocedores de la nueva legislación, de forma que puedan ayudar a interpretarla correctamente en conformidad con las enseñanzas del Concilio Vaticano II, y que puedan aplicarla con justicia y caridad. Este es el gran reto y responsabilidad de los que en 1984 prestan este servicio a la Iglesia estudiando el Derecho Canónico y poniéndolo en adecuada relación con la vida y la misión de la Iglesia.

Una auténtica comprensión del papel de los canonistas en la comunidad eclesial se puede deducir solamente de una justa consideración de la finalidad de la ley misma y del Código que la contiene. Como ya apuntaba la citada Constitución Apostólica, la finalidad del Código es "crear en la sociedad eclesial un orden tal que, asignando la primacía al amor, a la gracia y a los carismas, facilite a la vez el orgánico desarrollo de los mismos en la vida, tanto de la sociedad eclesial, como también de cada una de las personas que pertenecen a ella".

En este sentido, el Código es un "instrumento indispensable" para la vida y vitalidad de la Iglesia.

La tarea de una adecuada aplicación del Código es la tarea de la construcción de la misma Iglesia. Es la tarea de la salvación del mundo. Es jugar un papel extraordinariamente constructivo en la misión redentora del mismo Cristo. Los canonistas han de ser conscientes de sus graves responsabilidades en la misión de consolidar la vida de la Iglesia a todos los niveles, de acuerdo con el espíritu del Evangelio, superando las incertidumbres y desterrando el laxismo en la observancia de una disciplina que, por razón de su ordenación a la vida y misión de la Iglesia, es auténticamente sagrada y salvífica.

Quiero, pues, expresar mi admiración por la inestimable aportación que realizan los canonistas a la misión apostólica de la Iglesia. Como ya he dicho en otras ocasiones, el nuevo Código es el último gran documento exigido por el Concilio. Con su promulgación hemos llegado a una nueva etapa en la tarea de actuar la renovación interior que el Concilio buscó y por la que continuamos trabajando y orando. Que todos los canonistas perseveren en el trabajo de vital importancia que se abre ante ellos, como generosos servidores que intentan caminar siempre bajo la guía del Espíritu Santo; como fieles administradores, deseosos de poner sus talentos y dones al servicio del Padre.

Con estos sentimientos, rezo para que el Espíritu de Verdad y de Amor fortalezca a los que se reúnen en Ottawa en este importante Congreso. Sobre todos ellos invoco la gracia y la paz de Jesucristo y les imparto de corazón mi bendición apostólica.

Vaticano, 10 de agosto de 1984.

JOANNES PAULUS PP. II

## Notas Bibliográficas

"EL ORDEN POLÍTICO. PRINCIPIOS DE DERECHO POLÍTICO", por Juan Rafael Llerena Amadeo y Eduardo Ventura, Buenos Aires, AZ, 1983, 273 pp.

La obra que mencionamos intenta —de acuerdo con sus autores— completar una trilogía juntamente con los importantes estudios de Carlos Sacheri sobre "El orden natural" y José Gallagos Rocafull sobre "El orden social".

La motivación de este trabajo surge indudablemente, como se aprecia a través de sus páginas, de una verdadera preocupación de sus autores por la crisis que estamos viviendo, la cual indudablemente afecta no solamente aspectos económicos o políticos, sino fundamentalmente el propio ORDEN de la sociedad política de nuestra Patria, cuyos componentes parecen haber perdido la noción de su función y pretenden, mediante mecanismos sociales irregulares, reconquistar el "orden perdido". La respuesta a esta problemática —desde el punto de vista político— es el objetivo de este trabajo que muestra la experiencia en la cátedra universitaria de sus autores y refleja los "apuntes de sus clases" universitarias. Esta misma crisis requeriría asimismo una respuesta histórica que —analizando nuestro pasado— buceara en los orígenes del ser nacional y nos permitiera reencontrar nuestro destino histórico y el papel que nos cabe cumplir en el "concierto de las naciones" de Occidente.

Los autores —coherentes con su honda formación tomista— inician el análisis político con una concepción antropológica previa que bucea en las distintas teorías y escuelas. Es importante destacar que la formación arisototélico-tomista de los autores y su posición definida y clara ante todos los temas no desmerece, en ningún caso, una presentación objetiva de las distintas corrientes en cada caso. Este aspecto se completa con la bibliografía

citada al pie de cada hoja y de la que surge el manejo de los clásicos del pensamiento político por parte de los autores.

A través de las casi trescientas páginas del texto se analizan, con permanente referencia histórica, temas tan significativos como la relación de la política, con la ética, la economía y la tan mentada —y manoseada— defensa nacional. Sucesivos capítulos describen los temas clásicos de la ciencia política como la Nación, el origen, naturaleza y justificación del Estado, sus causas y elementos, la relación del Estado con el derecho, el poder, la soberanía y la finalidad del Estado. Como señalábamos anteriormente, el estudio estrictamente político está precedido por una antropología y también una teoría de la sociedad.

De la cantidad de ideas que surgen a través del texto y que merecerían ser reflejadas en esta breve recensión nos parece de especial interés, por cuanto se refieren a nuestra sociedad actual y salen del contexto habitual de un texto de esta índole, las reflexiones publicadas en 1936 sobre "la revolución sexual", debidas a Leistikew y que los autores transcriben: "la nueva política sexual provocará la atracción de las masas apolíticas que se mantienen al margen del movimiento revolucionario. Dado que la opresión sexual no sólo afecta al proletariado sino a todas las capas de la población, es posible que un programa de política sexual atraiga a sectores inaccesibles a una influencia directa de las exigencias revolucionarias en el terreno económico y político, y logre ejercer sobre ellos una influencia política general por vía de la política sexual. Al activar el problema sexual, los revolucionarios lograrán corromper las últimas guardias del capital" (cfr. p. 165).

Quizás la esencia de esta obra destinada a restaurar el "orden político" so-

bre la base de los principios fundamentales que lo sustenten, redactada con una gran unidad de ideas, un desarrollo claro y fluido que facilita una ágil lectura sin pérdida de la profundidad de los conceptos expresados, se encuentre en aquella trascendental apreciación —generalmente olvidada— que “a una ideología se la combate y se la vence únicamente con una doctrina superior o mejor” (p. 48). En última instancia —y es importante recordarlo en esta sociedad enferma que estamos viviendo— como decía el Aquitanense “amad al que yerra, pero ex-terminad el error”.

FLORENCIO HUBEÑÁK

“LOS SUJETOS DEL DERECHO INTERNACIONAL ACTUAL”, por Julio A. Barberis, Madrid, Tecnos, 1984; 204 pp. (Colección de Ciencias Sociales - Serie de Relaciones Internacionales).

El estudio sistemático de los sujetos del derecho internacional exige que el jurista comience su tarea definiendo el concepto del que se valdrá para describir las normas jurídicas. Luego, deberá proceder a analizar las entidades que respondan a dicha definición.

Es común advertir, sin embargo, en los autores la tendencia a identificar sin más la noción de sujeto de derecho con ciertas entidades como, por ejemplo, el individuo o el Estado. Así el individuo es sujeto de derecho porque es individuo y el Estado lo es por su carácter de tal. Razonando de esta manera se olvida que el concepto de sujeto de derecho es una noción normativa y que, por lo tanto, su análisis debe ser hecho a partir de normas jurídicas. Este es el camino que ha seguido el doctor Julio A. Barberis en *Los sujetos del derecho internacional actual*.

En efecto, del examen de las normas que conforman el ordenamiento jurídico internacional en vigor, el autor concluye que la categoría de sujeto de derecho es aplicable a todas aquellas entidades que son destinatarias al menos de un derecho o de una obligación. Considerando que tales entidades son en su mayoría personas jurídicas, no resulta suficiente que sean destinatarias de una norma jurídica,

sino que lo deben ser de una manera efectiva.

Sobre la base de estas ideas, se define al sujeto del derecho internacional como “aquel cuya conducta está prevista directa y efectivamente por el derecho de gentes como contenido de un derecho o de una obligación”.

A partir de esta definición, el autor emprende un análisis preciso y minucioso de las entidades que actúan en la vida internacional, determinando en cada caso si son o no sujeto del derecho internacional. Su rigurosidad lo lleva a preguntarse en determinados casos, por ejemplo en el de la insurrección, si es posible explicar tal situación sin necesidad de recurrir a la creación de una nueva figura jurídica.

En la obra que comentamos el lector hallará un estudio exhaustivo de los Estados soberanos, los Estados dependientes, las organizaciones internacionales, los sujetos vinculados a la actividad religiosa, las entidades vinculadas a una situación de beligerancia, los sujetos vinculados a la actividad asistencial y las personas privadas. Cada una de estas entidades es analizada con la objetividad propia de un jurista, esto es, sin preconcepciones ni motivaciones ideológicas. Prueba de ello son las páginas dedicadas a la aparición de nuevas entidades no estatales en la comunidad internacional y el recurso a un tercer orden jurídico al que apela parte de la doctrina para interpretar ese fenómeno.

El ya valioso aporte hecho por el doctor Barberis en favor de un mejor y más acabado conocimiento del derecho de gentes concretado en numerosas publicaciones, entre las que podemos destacar, *Fuentes del Derecho Internacional* y *Los recursos naturales compartidos entre Estados y el Derecho internacional*, se ve ahora particularmente enriquecido con *Los sujetos del Derecho internacional actual*. Esta obra, que en parte fue expuesta por el autor en el curso del año 1983 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, cubre un vacío no sólo en el ámbito nacional sino también internacional. Es importante destacar que la bibliografía que se incluye es una de las más completas sobre los sujetos del derecho internacional

en general. Es un mérito más que convierte a este trabajo en una fuente de consulta insustituible.

No ha sido la intención de quien ha escrito estas líneas emprender un análisis pormenorizado de la obra del doctor Julio A. Barberis sino solamente poner de manifiesto la coherencia y la claridad con que ella ha sido elaborada. En este sentido debemos decir que el doctor Barberis logró lo que se propuso: realizar una descripción fiel del Derecho internacional en vigor y ofrecer una sistematización de sus normas.

ANA M. MOGLIA

“LA FILOSOFÍA DEL DERECHO ARGENTINA ACTUAL”, por Manuel Atienza, Buenos Aires, Depalma,

1984, 363 pp.

I. La nota preliminar a la obra nos advierte que el trabajo que venimos a comentar es una reelaboración, con pequeñas modificaciones, de la tesis de doctorado del autor, leída en el año 1976. El libro, pues, luego de aquella tesis que suponemos fue coronada por el éxito, se terminó de escribir en el año 1977.

Finalmente el autor explica “que por «la filosofía del derecho argentina contemporánea» entiendo la que va desde el final de la segunda guerra mundial hasta 1976. Esta última fecha, en principio puramente casual es, sin embargo, altamente significativa (y, curiosamente, tanto para España como para la Argentina, aunque por motivos diferentes). El cambio político sobrevenido entonces en el país del Plata marca el final de una brillante etapa en los estudios de filosofía del derecho, y el inicio de una nueva cuya principal característica podría ser el que una parte muy significativa de la producción iusfilosófica argentina se realiza ahora fuera de sus fronteras. *Al mismo tiempo, en estos últimos años ha tenido lugar un resurgimiento de las corrientes más tradicionales, que son, precisamente, a las que menos atención presto en mi trabajo*”.

II. Hemos insistido en dicha “nota preliminar” pues allí se explica en cierto modo el tono y la intención misma del libro en cuestión. En efecto, hasta 1976 todo era ciencia y cultura en

el país (o, por lo menos, en el ámbito de los estudios iusfilosóficos). Luego sobrevino la barbarie, el fin de esa etapa luminosa, el éxodo aparente de esos portadores de luz y coincidentemente, el “resurgimiento” de las corrientes más tradicionales (léase iusnaturalismo, aunque más adelante, hacia el fin del libro, Atienza aclara que “con la expresión genérica de «iusfilosofía tradicional» pretendo abarcar la producción de todos aquellos autores no incluíbles (claramente) en alguno de los otros apartados: «iusfilosofía fenomenológica y existencial», «iusfilosofía analítica» y «iusfilosofía materialista»...”.

III. Claro que esa afirmación que podríamos calificar como “política” del libro en cuestión, es puramente dogmática, ya que todos los autores que se analizan en el transcurso de las páginas, con excepción del profesor Roberto Vernengo (que nosotros recordemos) no sólo continuaron en el país en esa etapa “obscura”, sino que pudieron asimismo publicar libremente sus trabajos, dictar sus cursos en diversas universidades nacionales y privadas y hasta incluso ser confirmados en sus cargos (Nino, Farrel, Alchourrón, para citar simplemente ejemplos aislados) ganando además concursos docentes de tanta importancia como la de profesores titulares en plena época del llamado “proceso” (caso del profesor Buligin, actual decano de la Facultad de Derecho de la UBA, el mismo profesor Vernengo, ya mencionado, etc.).

Por lo tanto, la afirmación es errónea y no se compece con las persecuciones ideológicas de las que fueron objeto otros tantos profesores de cuño católico, iusnaturalistas, que tuvieron sí, que abandonar sus cargos desde el año 1976 en adelante (profesor Francisco Bosch, profesor Eduardo Vocos Conesa).

En alguna oportunidad incluso fue desplazado por motivos ideológicos un profesor iusnaturalista de indudables méritos docentes y científicos, como el caso del doctor Félix Lamas.

IV. Pero queda más. Si el propio autor reconoce que no presta atención al resurgimiento de las corrientes más tradicionales (habida cuenta del sentido peculiar que se le asigna a la fi-

lososofía tradicional en la óptica de Atienza), ¿por qué razón el libro lleva como título: *La Filosofía del Derecho Argentina actual?* Estamos, pues, ante la presencia de una obra incompleta y con un título confuso para todo aquel que no ha vivido en carne propia los avatares de la universidad argentina en los últimos cuarenta años, y ante ello mucho más honesto hubiera sido denominar a la obra "La iusfilosofía materialista en la actualidad".

Con esa aclaración, cabe destacar la muy discutible Introducción al libro (Cap. I) en donde el análisis de la "Aproximación histórica a la realidad argentina" merece a nuestro juicio más de una objeción, y el notorio desconocimiento de algunos iusfilósofos "tradicionales" que menciona en la pág. 23 a los cuales se los adscribe como de "carácter conservador (¿?) salvo Manuel del Río (debió decirse Manuel Río) en cuya obra cabe advertir cierto talante liberal..."

Este desconocimiento se patentiza aún más a poco que se adviertan las gruesas omisiones contenidas en el "apéndice bibliográfico" (pp. 335 y ss.) en donde muchos de los más notables trabajos de los "tradicionales" (permítasenos que a esta altura utilicemos sin más esa expresión) no merecen tan siquiera una mención, obviándose asimismo el nombre de algunos autores importantes.

V. Sentado lo expuesto, la descripción que se efectúa de los sistemas de los iusfilósofos argentinos "fenomenológicos y existenciales" y "analíticos" pareciera ajustarse en determinados

casos a la realidad, aunque no se logre, por razones elementales, la objetividad deseada o al menos esperada para este tipo de obras, pues una actitud crítica (que denota un conocimiento de los temas que se abordan) se deja traslucir en el contexto general del trabajo. Así, por ejemplo, las acepciones de validez como fuerza obligatoria y la oposición tradicional entre iusnaturalismo y iuspositivismo del profesor Nino (pp. 311, notas nos 32 y 33) merecen serios reparos al autor.

VI. En suma, no cabe esperar del libro que comentamos una profunda indagación filosófica sobre el estado de la filosofía del derecho en la actualidad, ya que la naturaleza misma del título de dicha indagación hubiera exigido no omitir el análisis de una de las principales escuelas iusfilosóficas argentinas: la del derecho natural clásico.

Desde el punto de vista histórico parcial, la obra posee también aquellas falencias, sumadas a un tinte muy subjetivo y peculiar que la hacen en algunos casos descalificable.

Como información general acerca del fenómeno del iuspositivismo en Argentina, el libro posee un cierto mérito aunque eso sólo, por las razones apuntadas, no basta como para encarar la tarea que sugiere el título del trabajo.

*Haben sua fata libelli...* "todos los libros tienen su destino", como señala el brocárdico latino. El de éste, por su subjetivismo crónico, será pasar sin pena ni gloria por los anaqueles de alguna olvidada librería de juristas.

JORGE GUILLERMO PORTELA

---

**Impreso en los Talleres Gráficos de  
UNIVERSITAS, S. R. L.  
Ancaste 3227 - Buenos Aires**

---