

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

Profesor titular de la Facultad de Derecho
de la Universidad Nacional de Rosario

ESTUDIOS JURÍDICOS DEL BICENTENARIO



Centro de Investigaciones de
Filosofía Jurídica y Filosofía Social
Facultad de Derecho
Universidad Nacional de Rosario
Rosario
2010

Ciuro Caldani, Miguel Ángel
Estudios jurídicos del Bicentenario. - 1a ed. - Rosario :
UNR Editora. Editorial de la Universidad Nacional de
Rosario, 2010.
170 p. ; 17x11 cm.

ISBN 978-950-673-847-1

1. Historia de los Sistemas de Derecho. I. Título
CDD 340.5

© Miguel Ángel Ciuro Caldani. 2010
San Lorenzo 1155 8°“A”
2000 - Rosario - Argentina
Queda hecho el depósito que establece la ley 11.723

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento, el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

El Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social agradece la colaboración del abogado Mariano H. Novelli para la preparación de la presente edición.

LIBRO DE EDICIÓN ARGENTINA

**ESTUDIOS JURÍDICOS DEL
BICENTENARIO DE LA
REVOLUCIÓN DE MAYO DE 1810**

*A la memoria de
Lucía Caldani de Ciuro
y Miguel Ciuro*

A Atilio A. y Silvana Alterini

ÍNDICE

Responsabilidades bioéticas en una nueva era	9
Los nuevos paradigmas de la familia internacional	49
La dinámica jurídica argentina en una nueva era (¿Cómo construir la temporalidad jurídica argentina?)	91
La perdurabilidad de los problemas y la problemática argentina. (Aportes problemático-histórico-filosóficos para la comprensión de la cultura argentina)	153

RESPONSABILIDADES BIOÉTICAS EN UNA NUEVA ERA

I. Ideas básicas

1. La responsabilidad significa en este caso, y en relación con el concepto de “responsable”, poner *atención y cuidado* en lo que se hace o decide¹. Además se vincula con la idea de dar “*respuesta*” correcta a un problema². El ámbito

1 Diccionario de la Lengua Española, “Responsable”, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=responsable (5-3-2010).

2 Diccionario de la Lengua Española, “Respuesta”, Satisfacción a una pregunta, duda o dificultad, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=respuesta (5-3-2010).

Es posible c. nuestros trabajos “Veintidós años después: la Teoría de las Respuestas Jurídicas y Vitales y la problemática bioética en la postmodernidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 83 y ss.; “El cambio de era histórica desde la teoría de las respuestas jurídicas”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 65/76; “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140).

problemático que se nos presenta es el de una *nueva era*, mucho más nueva que una nueva edad. La nueva era está signada por enormes cambios científicos, técnicos y éticos entre los que ocupa un lugar muy destacado la *genética humana*³. Tal vez sea común a toda la vida del hombre el no poder penetrar al fin a la “tierra prometida”, pero la tierra ahora prometida es particularmente sorprendente⁴.

El *nuevo tiempo* comenzó a anunciarse, de manera “explosiva”, el 6 de agosto de 1945, cuando estalló la primera bomba atómica, en Hiroshima, y tal vez acabó de manifestarse el 14 de abril de 2003, cuando se presentó en gran medida el genoma humano⁵. El 6 de agosto de 1945 comenzó a poner

3 Otros temas de gran significación, que a veces no reciben la atención que deberían tener, son v. gr. la biología sintética, la nanotecnología, la integración corpórea de la Medicina con la tecnología y la proyección en el espacio exterior (el Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR tiene un Área de Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología).

Cabe c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

4 Deuteronomio, 34, 1-4 (Catholic.net, <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=200&capitulo=2234#34-28-6-2010>).

5 Un borrador inicial del genoma fue terminado en el año 2001 (anunciado conjuntamente por el presidente de los Estados Unidos de América Bill Clinton y el primer

ministro Reino Unido Tony Blair el 26 de junio de 2001). Finalmente el genoma humano relativamente completo fue presentado en abril de 2003, dos años antes de lo esperado (puede v. Hoy se presenta al mundo el genoma humano, <http://db.doyma.es/cgi-bin/wdbcgi.exe/doyma/press.plantilla?ident=13408-20-6-2010->; Química Viva, Universidad de Buenos Aires, 2003, Julia Pettinari, Mucho ruido y muchas nueces: se completó el proyecto genoma humano, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/863/86320106.pdf> -5-5-2010-). Cabe c. además por ej. Nature Reviews Genetics, <http://www.nature.com/nrg/index.html> (20-6-2010). En cuanto a la investigación genómica es posible v. por ej. Nature.com, <http://www.nature.com/> (20-6-2010); Gene Codes Corporation, http://www.genecodes.com/?referrer=Google_SA-D_genomics&gclid=CNO13bTir6ICFYIe7godHEi_QQ (20-6-2010); Science, <http://www.sciencemag.org/content/current/> (20-6-2010); Science Translational Medicine, <http://stm.sciencemag.org/> (20-6-2010); National Cancer Institute, General Cancer Genetics Information, <http://www.cancer.gov/cancertopics/prevention-genetics-causes/genetics> (21-6-2010); OJIN, The Online Journal of Issues in Nursing, 13. Genetic Revolution: What? Why? How?, <http://www.nursingworld.org/MainMenuCategories/ANAMarketplace/ANAPeriodicals/OJIN/JournalTopics/GeneticRevolution.aspx> (21-6-2010); Bee, Biology Electronic Encyclopedia, Genetics Dictionary, http://www.beelib.com/genetics_dictionary.html (21-6-2010). Es posible v. en otro nivel, de difusión, The Times. The Sunday Times, July 30, 2009, HHS Faces genetics revolution by bringing scientists into clinics, Mark Henderson, <http://www.timesonline.co.uk/tol/news/uk/health/article6732590.ece> (21-6-2010); Time.com, The Genetics Revolution, <http://www.time.com/time/daily/special/genetics/> (21-6-

en cuestión la existencia de la vida en el Planeta, el 14 de abril de 2003 expuso el interrogante del porvenir de la especie humana. Posibilidades reproductivas, de caracterización de los individuos y de generación de nuevas especies figuran entre los retos muy significativos que se muestran en el presente. La duración de la vida y las cualidades físicas, intelectuales y éticas de la humanidad actual pueden ser radicalmente modificadas⁶. Nunca una

2010). Asimismo: UNESCO, Instrumentos Normativos, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, 11 de noviembre de 1997, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (17-6-2010); Genoma Humano y Terapia Génica, Un paradigma para la Bioética del Tercer Milenio, Dr. Roberto Mancini Rueda, <http://www.bioetica.uchile.cl/doc/genoma.htm> (17-6-2010); Human Genome Organisation, <http://translate.google.com.ar/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.hugo-international.org/> (17-6-2010); European Federation of Biotechnology, <http://www.efb-central.org/> (17-6-2010).

- 6 A través del estudio genético se pueden detectar genes defectuosos al menos en parte responsables de enfermedades graves. Entre las enfermedades de posible origen genético están la hemofilia, la corea de Huntington falciforme, la fibrosis quística, el hipotiroidismo congénito, el retraso mental, la miopatía de Duchenne, la maníacodepresión, el síndrome de Lesch Nyhan, la deficiencia de ADA, la hidrocefalia, la microcefalia, el labio leporino, el ano imperfecto, la espina bífida, el cáncer y el mal de Alzheimer (cabe c. por ej. Arch. argent. pediatr. 2001, 99 (4), págs. 375 y ss., Dra.

Alejandra Guerchicoff – Dra. María Gabriela Obregón, <http://www.sap.org.ar/docs/publicaciones/archivosarg/2001/375.pdf> –21-6-2010–; ¿Genética molecular versus Genética clínica?, Universidad de las Américas, Puebla, ref. GUIZAR VAZQUEZ, Jesús Manuel, “Genética clínica”, México, Manual Moderno, 1988, pág. 10, http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledi/fernandez_v_b/capitulo2.pdf–21-6-2010–; Boletín Oncológico del área sanitaria de Teruel, martes 22 de junio de 2010, Genética y cáncer: diagnóstico molecular, Feliciano J. Ramos Fuentes, <http://www.boloncol.com/boletin-15/genetica-y-cancer-diagnostico-molecular.html> –21-6-2010–; Hipocampo.org, Alois Alzheimer y la paciente Augusta D., <http://www.hipocampo.org/alzheimer.asp> –1-7-2010–; Alzheimer, <http://www.hipocampo.org/alzheimer.asp> –1-7-2010–).

Pueden v. Nature.com, <http://www.nature.com/> (11-6-2010); Science AAAS.org, <http://www.sciencemag.org/> (11-6-2010); El Escéptico Digital, Divulgación y periodismo científico, Según Barceló “La ciencia ficción es el mejor entrenamiento para vivir en el futuro”, Luis Alfonso Gámez, <http://www.elcorreodigital.com/>, <http://digital.el-esceptico.org/leer.php?id=661&autor=7&tema=53> (11-6-2010). Es posible c. por ej. Origen y Evolución de la Bioética en Estados Unidos, Dr. James F. Drane, <http://www.bioetica.uchile.cl/doc/bioeu.htm#top8> (20-6-2010).

En el campo de la difusión puede v. por ej. Red-científica, Másmovil.es, Ingeniería genética, clonación y evolución humana, Francisco Carrillo Gil, <http://www.redcientifica.com/doc/doc200211030300.html> (11-6-2010).

La relación entre Moral y Ética genera distintas posiciones. A veces se afirma que la Moral es externa,

especie tuvo un poder siquiera comparable sobre su propio porvenir⁷.

Las respuestas bioéticas, jurídicas, culturales y al fin vitales en general tienen siempre *alcances* espaciales, personales, materiales y temporales, y el cambio de era se manifiesta en todas estas perspectivas. En el *espacio*, la mutación se muestra, por ejemplo, en la crisis de las delimitaciones territoriales, con la globalización y la regionalización. Los espacios estatales tradicionales suelen alterarse, generalmente por debilitamiento, a veces con reacciones, tal vez transitorias, de radicalización. En cuanto a lo *personal*, la alteración se manifiesta en la ruptura de relaciones interpersonales en la globalización/marginación. En la *materia*, los cambios van desde el avance y la crisis de la “financiarización” y el enorme despliegue de la propiedad inmaterial

inconsciente y coactiva y la Ética es interna, consciente y autónoma.

- 7 La “pantomía” de la posibilidad y la finalidad “objetiva” que “encontramos” en los acontecimientos, referidas a la totalidad inabarcable de sus manifestaciones y necesitadas de fraccionamientos productores de certeza (pan=todo; nomos=ley que gobierna) se muestra ahora más ante su enorme plenitud (cabe ampliar en nuestras “Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 (reimpresión en “Revista del Centro...” cit., N° 28, págs. 105/112).

hasta la genética humana. Todo significa la quiebra de la *temporalidad* en la nueva era.

Ahora nos aproximamos, con grandes posibilidades que consideramos sin suficiente claridad beneficiosas y perjudiciales, a los relatos milenarios de las mitologías y las religiones, donde los dioses tenían hijos de su propia inteligencia y los hijos eran o son frutos del espíritu⁸. Nos acercamos, sin muchas posibilidades de delimitación, a los relatos de la “ciencia ficción”⁹. Casi siempre lo que los seres humanos imaginamos concluimos haciéndolo realidad. Hoy se hace muy notorio.

8 Se discute, incluso, sobre la posibilidad de utilizar quimeras para resolver problemas biológicos.

9 Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+, Una puerta al universo: la ciencia ficción como agente para la divulgación científica, Bertha Michel Sandoval, <http://www.oei.es/memorias/ctsi/mesa5/m05p08.pdf> (11-6-2010).

A menudo se hace incluso referencia a la llamada “tercera ley de Clarke” diciendo que cualquier tecnología suficientemente avanzada es indistinguible de la magia (BBC Mundo, La magia de Apolo, Dr. Christopher Riley, http://www.bbc.co.uk/mundo/ciencia_tecnologia/2009/07/090716_especial_luna_nota_dalia.shtml -11-6-2010-; puede v. además El Escéptico Digital, Curiosidades, Arthur Clarke enviará su ADN al espacio, Renzo Cianfanelli (Del Corriere della Sera), <http://digital.el-esceptico.org/leer.php?autor=451&id=1151&tema=82> -11-6-2010-).

2. La *Bioética* es una respuesta de construcción *compleja*. En ella se relacionan las respuestas parciales de la *vida* y la *Ética*¹⁰. Ambos elementos son muy difíciles de conceptuar y lo que se construye depende de las circunstancias. En cada situación, por ejemplo en cada época, la noción de vida, de imprescindible consideración para los hombres como seres vivos, varía en lo personal, material, espacial y temporal¹¹. Referirnos a la vida, sobre todo en su despliegue humano es, a nuestro parecer, lo que más nos importa, pero delimitarla es sumamente difícil porque en mucho nos define¹².

10 Importa saber si son dos partes de un complejo o respuestas simplemente diferentes.

11 En cuanto a la multiplicidad de nociones de vida pueden v. por ej. nuestro artículo “Algunos interrogantes trialistas para la construcción de la noción de vida”, en “Bioética...” cit., N° 7, págs. 41/44, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/241/144> (18-6-2010); FERRATER MORA, José, “Diccionario de Filosofía”, 5ª ed., Bs. As., Sudamericana, 1965; cabe c. A Parte Rei. Revista de Filosofía, ¿Qué es la vida? Un Problema Epistemológico, Horacio Bernardo, <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/bernardo33.pdf> (18-6-2010). Cabe c. asimismo, v. gr., Human Nature Review, <http://www.human-nature.com/> (20-6-2010).

12 En este sentido la Bioética aparece como una creciente toma de conciencia acerca de la tensión entre técnica y humanización y destacando la “conciencia universal” como expresión de voluntad de poner inequívocamente la ciencia y la tecnología al servicio del hombre, ese gran “desconocido” (en relación con el tema pueden v.

Las construcciones éticas y bioéticas pueden dar más espacio a la vida o a la Ética¹³. Pueden significar, por ejemplo, que la vida predomina sobre la Ética o ésta prevalece sobre aquélla. Quien predomina “califica” y establece resistencias¹⁴. Durante el imperio del judeocristianismo¹⁵, el predominio de la Ética sobre la vida fue muy marcado, de modo que se calificaba éticamente a la vida y se rechazaba la vida “no ética”. Quizás el nuevo tiempo que nos toca vivir sea una época de recomposición, donde la vida gane espacio y tal vez cierto predominio sobre la Ética, con menos influencia calificadora de la ésta sobre la vida y menos capacidad de rechazo respecto

por ej. HOOFT, Pedro F., “Bioética y Derechos humanos”, Bs. As., Depalma, 1999, pág. 6; PALACIOS ALONSO, Marcelo, “La Bioética como instrumento civil”, en ASÍS, Rafael de y otros, “Congreso Internacional de Derechos Humanos. La segunda controversia de Valladolid”, Dykinson. S. L., 2006, <http://www.sibi.org/sib/doc/curr/mp/mpBioeticalInstrumentoCivil.pdf-4-7-2010->; LOSOVIZ, Alicia I., “De la biotecnociencia a la guerra biológica”, http://www.eps-salud.com.ar/Pdfs/Losoviz_Tecnociencia.pdf-4-7-2010-).

13 Una de las mayores tensiones entre vida y Ética es la que planteó Nietzsche., por ej. en NIETZSCHE, Federico, “La gaya ciencia”, 2ª ed., Mexicanos Unicos, México, 1984, págs. 263 (CCCXLV) y ss.

14 Calificar es determinar los significados de los términos.

15 Nos referimos a toda la tradición bíblica.

de la vida¹⁶. Importa saber si los hombres del presente “calificaremos” a los del nuevo tiempo o, a la inversa, éstos calificarán a los de la actualidad. Aunque creemos que sobre todo en situaciones como la actual toda “definición” puede ser muy peligrosa, tal vez valga pensar qué entendemos y entenderemos por “hombre”¹⁷ y por humanidad y, en especial, cuáles son y serán, en su caso, las “fronteras” de ésta¹⁸.

16 Las situaciones de las respuestas pueden ser de aislamiento o relación y éstas pueden ser de coexistencia de respuestas independientes, dominación, integración y desintegración.

17 Al menos hombre/mujer.

18 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, “hombre”, http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=hombre (2-7-2010).

Sin desconocer que el giro de hombre hijo de hombre suele proyectarse a Jesús de Nazaret, ante la enorme pluralidad de posibilidades tal vez pueda decirse que “hombre” es todo descendiente de “hombre”. Protágoras consideró al hombre la medida de todas las cosas, Aristóteles un animal social, Pascal una caña pensante, Schopenhauer un animal metafísico, Nietzsche algo que debe superarse, etc. Cabe recordar asimismo la muy interesante consideración que recibió el tema del hombre en los despliegues filosóficos de Heidegger y Scheler (HEIDEGGER, Martin, “El ser y el tiempo”, trad. José Gaos, 5ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 1974; SCHELER, Max, “El puesto del hombre en el cosmos”, trad. José Gaos, “El puesto del hombre en el cosmos”, 9ª ed., Bs. As., Losada, 1971). En cuanto a la posición de la Iglesia Católica, cabe c. por ej. Zenit, el

Los momentos históricos pueden ser de *cultura*, con más fortaleza valorativa; de *civilización*, cuando los valores son menos fuertes, y de *decadencia*, casos éstos en los que los valores entran en crisis¹⁹. En el tiempo actual el elemento judeo-cristiano de la occidentalidad está en decadencia, y esto se advierte en el debilitamiento de las perspectivas éticas y bioéticas que él orientaba. Es posible que a través de una afirmación vital se estén preparando las formas de una nueva cultura.

3. La Bioética *actual* enfrenta una “*laguna*” ética muy profunda, antes sólo imaginable en las mitologías, las religiones y la ciencia ficción. La nueva era genera una *carencia histórica* en el ordenamiento bioético y ético en general. A nuestro parecer, la Bioética de nuestra época tiene que dar sus respuestas en una *universalidad* que integre particularidades en las *personas*, las *materias*, el *espacio* y el *tiempo*. De acuerdo con la dimensión de la laguna, se requiere una Bioética de comprensión profunda. Hay que abrir una nueva era “vivable”;

Mundo visto desde Roma, 23-06-2010, Benedicto XVI: Santo Tomás, maestro de vida también ahora, <http://www.zenit.org/article-35845?l=spanish> (2-7-2010).

19 Es posible v. nuestro trabajo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 5, págs. 9 y ss.

que se pueda vivir y sea digna de ser vivida. El despliegue humano debe responder *por* nuestra *vida* y *por* el *cosmos*, *con* el cosmos, *a través* del cosmos²⁰.

Dada la novedad de las cuestiones, a menudo no servirán los recursos a la autointegración, con materiales ya existentes, y será necesario valerse de la *heterointegración* a través de elementos nuevos que deberán elaborarse. ¿Cuáles serán, por ejemplo, los recursos para resolver los problemas de la legitimidad o ilegitimidad de la clonación y los cambios genéticos humanos? Hay que investigar en cuanto a la vida y la ética respectiva.

La Bioética ha de atender más a sus despliegues *interdisciplinarios*, convocando, v. gr., a biólogos, antropólogos, médicos, economistas,

20 Se afirma reiteradamente que la Bioética representa hoy un movimiento universal y por su concepción de ética global es de la incumbencia de todos los seres humanos para respetar la naturaleza, conservar los ecosistemas y favorecer la supervivencia de la biodiversidad. Puede v. por ej. Código de Ética para el Personal de Salud, México-2002 Presentación, http://bioetica.com.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=141&Itemid=110 (5-6-2010); Comisión Nacional de Bioética, Código de Bioética, Código de Bioética para el Personal de Salud 2002, <http://bibliotecas.salud.gob.mx/gsd/collect/publin1/index/assoc/HASH0101.dir/doc.pdf> (4-6-2010); Hospital Privado del Noroeste CxA, http://hosprinor.com/index.php?option=com_content&view=article&catid=1%3Acontenido&id=60%3Aotros&Itemid=108 (5-6-2010).

juristas, eticistas, filósofos en general, etc. Corresponde hacer una “lectura” comprensiva de la *cultura* toda. Se la debe considerar también, con alcances muy amplios pero integrados y no excluyentes, como parte de la *Ética general*²¹ y, más allá de la Biología formal, pensando en “*bio*” como *vida total*, al menos en alguna medida necesitada de un *equilibrio cósmico*²².

Hoy la Bioética ha de producir una gran *transformación de significaciones*. Sin embargo, no hay que tener falsas expectativas ni desconocer los grandes riesgos de un camino tan desconocido²³. Se presentan enormes posibilidades, a veces reales y en otros casos sólo imaginarias, en muchos casos favorables y en otros desfavorables. Suele decirse que

21 Es posible v. Capítulo II, *Ética Médica y Bioética*, Fernando Sánchez Torres, <http://www.encolombia.com/etica-medica-capitulo-II.htm> (20-6-2010).

22 En relación con el tema puede v. por ej. BUICAN, Denis, “Historia de la Biología”, trad. José Luis Checa Cremades, Madrid, Acento, 1995; Historia de la Biología, <http://mural.uv.es/sansipun/pagina4.htm> (11-7-2010); CURTIS, Helena, “Biología”, en vinculación con la otra es posible c. GratisProgramas, <http://www.gratisprogramas.org/descargar/biologia-de-helena-curtis-y-n-sue-barnes-sexta-edicion/> (11-7-2010); Página 12, <http://www.pagina12.com.ar/diario/suplementos/futuro/13-1939-2008-06-14.html> (11-7-2010).

23 La Nación Opinión, Lunes 21.6.2010, Paradojas de la lectura del genoma, Viviana Bernath, http://www.la-nacion.com.ar/nota.asp?nota_id=1277029 (21-6-2010).

a la sociedad del riesgo-seguridad le ha sucedido la sociedad del riesgo-daño y que una de las mayores generadoras de riesgo hiperdestructoro es la genética humana. Es más, se afirma que el futuro es riesgo inexorable²⁴. A nuestro parecer hoy la humanidad va enfrentando los mayores problemas de legitimación que ha tenido jamás.

Ante un porvenir tan incierto, en última instancia las decisiones deberán tomarse según *concepciones del mundo*, sobre todo más o menos *optimistas*²⁵. La nuestra es una opción básica *optimista*.

24 En relación con el riesgo, cabe c. por ej. The University of New South Wales, Sydney, Australia, Selected Topics, References on risk and risk-behavior, http://www.med.unsw.edu.au/SPHCMWeb.nsf/page/lit_risk (9-7-2010); BECK, Ulrich, “La sociedad del riesgo”, trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, M^a Rosa Borrás, Barcelona, Paidós, 2001, http://www.4shared.com/get/o0R-yyPe/Beck_Ulrich_-_La_Sociedad_del_.html; jsessionid=3187C2DD1F078AA298767D38164B414C.dc278 (9-7-2010); Short, J. F., “The social fabric of risk: towards the social transformation of risk analysis”, en “American Sociological Review”, 1984, vol. 49, diciembre, págs. 711-725; Equipo Federal de Trabajo, Los nuevos paradigmas: de los consensos a las normas, Manuel J. L. Candelero, http://www.eft.com.ar/doctrina/temas_ponencias/congres/eft-vii/candelero_discurso_san_juan.htm (9-7-2010).

25 Es posible v. por ej. nuestro artículo “Las bases de la cultura occidental y la Bioética en una nueva era histórica”, en “Bioética...” cit., N^o 5, págs. 15/21, <http://>

4. Creemos que la Ética y la Bioética han de construirse con alcances integrativistas tridimensionales, referidos a *hechos*, *lógica* y *valores*. Cuando se trata del mundo jurídico, el integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista se construye con referencia a repartos de potencia e impotencia²⁶ (dimensión sociológica) captados por normatividades (dimensión normológica) y valorados por un complejo de valores que culmina en la justicia (dimensión axiológica)²⁷. Cuando se trata del *mundo*

www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/byb/article/view/237/140 (20-6-2010); Acta Bioethica, Organización Panamericana de la Salud, Manuel J. Santos Alcántara, Aspectos bioéticos del consejo genético en la era del genoma humano, año X, núm. 2, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/554/55410207.pdf> (20-6-2010).

26 Desenvueltos en el juego de la fuerza y los intereses.

27 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden ver por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (7-7-2010). En el mundo jurídico, en afinidad con nuestro tema es relevante el Bioderecho. Puede hacerse referencia a las responsabilidades biojurídicas en una nueva era.

ético y especialmente *bioético*, el integrativismo tridimensionalista de la teoría tridimensionalista respectiva se construye con referencia a decisiones (*dimensión fáctica*²⁸) captadas por normatividades (*dimensión normológica*) y valoradas por un complejo de valores que incluye de modo principal a la bondad, la justicia y la verdad (*dimensión específicamente ética*)²⁹. Los despliegues axiológicos de los dos

28 En cuanto a la práctica ética quizás pueda hacerse referencia específicamente a un despliegue moral.

29 Los valores éticos son muy discutidos en su individualidad y jerarquía, sobre todo en un tiempo en que, habiéndose derrumbado la sustentación metafísica tradicional, en mucho por el planteo kantiano, y habiéndose desarticulado la universalización kantiana por el avance de la individualidad, en gran medida la moral flota a la deriva.

Werner Goldschmidt sigue la idea de que la Ética es la doctrina que estudia virtudes y vicios. (GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 388 y ss.). Por esto la Ética es más afin a los móviles que el Derecho. Panoramas generales pueden v. en DEIGH, John, "Ethics", en AUDI, Robert (dir.), "The Cambridge Dictionary of Philosophy", 2ª reimp., Cambridge University Press, 1997, págs. 244 y ss.; HESSEN, Johannes, "Tratado de Filosofía", en especial "Teoría de los valores", trad. Juan Adolfo Vázquez, Bs. As., Sudamericana, 1970, págs. 528 y ss.; FERRATER MORA, op. cit., t. II, 1965, págs. 857 y ss. Acerca de la construcción en Ética cabe c. v. gr. BRINK, David O., "Ethical constructivism", en AUDI, op. cit., pág. 243.

En cuanto a la etimología de las palabras Ética y Moral es posible c. COROMINAS, Joan, con la colaboración de

“mundos” tienen también relevantes presencias de

PASCUAL, José A., “Diccionario crítico etimológico e hispánico”, 1ª reimp., Madrid, Gredos, t. IV, 1985, “moral”, págs. 136/7; Fundación Héctor A García, *Ética y Moral*, http://www.proyectosalohogar.com/Diversos_Temas/etica_y_moral.htm (8-7-2010); Guía de FilóPolis, *Ética y Moral, desde la etimología*, <http://www.xtec.es/~lvallmaj/passeig/etimora2.htm> (8-7-2010). Respecto a la tensión entre Moral y Ética puede v. por ej. *Diccionario Filosófico*, 479, *Ética y moral son antinómicas*, <http://www.filosofia.org/filomat/df479.htm> (9-7-2010); *Ética/Moral/Derecho*, <http://www.filosofia.org/filomat/df480.htm> (7-7-2010). Un panorama histórico, que señala una actual referencia de la Ética a la vida buena en contextos particulares y la Moral a lo que se debe hacer en términos universales, puede c. en *Ética y Moral, Origen de una diferencia conceptual y su trascendencia en el debate ético contemporáneo*, Ana Marta González, Universidad de Navarra, <http://dspace.unav.es/dspace/bitstream/10171/462/6/4.%20%20C3%89TICA%20Y%20MORAL%20ORIGEN%20DE%20UNA%20DIFERENCIA%20CONCEPTUAL%20Y%20SU%20TRASCENDENCIA%20EN%20EL%20DEBATE%20C3%89TICO%20CONTEMPOR%20C3%81NEO,%20ANA%20MARTA%20GONZ%20C3%81LEZ.pdf> (7-7-2010). Cabe c. el uso de la noción de “Biomoral”, diferenciada de la Bioética, v. gr. en *Diccionario Filosófico*, 509, *Presupuestos gnoseológicos de partida para una Bioética materialista*, <http://www.filosofia.org/filomat/df509.htm> (10-7-2010); Universidad El Bosque, *Introducción a la edición en español de ¿Qué es la Bioética?* de Gilbert Hottois, Jaime Escobar Triana, http://www.bioeticaunbosque.edu.co/publicaciones/que_es_bioetica.htm (10-7-2010).

los valores amor y utilidad y, de modo culminante, del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser)³⁰. En el campo de la Bioética corresponde también de manera destacada la referencia al valor salud³¹. El mundo ético y el mundo jurídico se refieren a acciones, pero en el primer caso se trata de acciones como *decisiones* y en el segundo de acciones como *repartos*.

Dada la enorme relevancia de la novedad, nuestro propósito es sobre todo abrir *preguntas*, avanzando en las respuestas con el objetivo principal de aclarar más los interrogantes.

II. Panorama de las preguntas éticas de la nueva era

5. La responsabilidad bioética se sitúa en

30 En otros casos, por ejemplo, se hace referencia al valor santidad, sobre todo en la Ética. También hay que resolver cuál será la jerarquía culminante de los valores a adoptar, incluso si ella ha de tener su cima en la humanidad, la vitalidad (el deber ser de la vida, más allá de lo humano), la divinidad (el deber ser de Dios), etc. Nuestra propuesta culmina en el valor humanidad.

31 Cabe tener en cuenta por ej. MAINETTI, José A., “Bioética: una nueva filosofía de la salud”, en “Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana”, número especial de Bioética, junio de 1990.

marcos de la *naturaleza* y las *influencias humanas difusas*³², pero ante el enorme desafío bioético específico de la nueva era conviene preguntarse al respecto con particular intensidad qué se entiende por naturaleza y cuál será su evolución y cuáles son las influencias humanas difusas de la vida más específicamente tal, la economía, la religión, etc.

En el ámbito de esas influencias, la enorme fuerza que viene mostrando el sistema *capitalista* tiene descollante participación. Como el capitalismo se vale en gran medida de la producción y el consumo, hay que considerar cuánto recorrerá los caminos de la genética para producir y consumir la vida que necesite, en los marcos de la especie humana o fuera de éstos. Otro interrogante valioso es el grado de legitimidad del capitalismo, centrado en el valor utilidad, para producir fenómenos tan relevantes respecto de la especie, quizás dejando de lado otros valores muy destacados como la justicia y la humanidad. Es más, en realidad en casos como los que caracterizan a la nueva era toda legitimación resulta conmovida.

6. La responsabilidad ética se vincula habitualmente a *decisiones* tomadas por seres humanos determinables en condiciones de libertad.

32 Producidas por el obrar de seres humanos indeterminados.

Uno de los enormes problemas bioéticos de la nueva era consiste en que se han de tomar decisiones en términos de enorme *incertidumbre*, tal vez en condiciones de *azar*, de modo que quizás ya no pueda hablarse de libertad³³.

Los *elementos* de la decisión ética, que nos interesa atender en cuanto a los hechos y su legitimidad, son: a) quiénes toman la decisión, es decir, los *conductores*; b) los *recipiendarios* beneficiados y gravados; c) los *objetos* decididos; d) el recorrido previo a la decisión, la *forma*, y e) las *razones* respectivas.

7. En cuanto a los *conductores*, es decir a quienes deciden, la nueva era puede proyectar la actividad de laboratorios, estatales y privados, a semejanza de los que presentaron el genoma humano. Esa presentación fue hecha, en tiempos muy cercanos

33 Es posible c. nuestros trabajos “El ámbito de la decisión jurídica (La construcción del caso)”, en “Revista del Centro...” cit., N° 24, págs. 57/64; “Aportes para el desenvolvimiento del principio de razonabilidad en el Derecho Privado desde la comprensión de la decisión y la estrategia”, en “Investigación...” cit., N° 33, págs. 9/17. También por ej. *Incertidumbre*, <http://thales.cica.es/rd/Recursos/rd99/ed99-0191-03/incertidumbre.html> (21-6-2010); en el horizonte cabe considerar los fundamentos en el cálculo de probabilidad (es posible recordar v. gr. COHEN, John, “Azar, habilidad y suerte”, trad. Atanasio Sánchez, Bs. As., Los Libros del Mirasol, 1964).

entre sí, por un consorcio gubernamental estadounidense y británico y una empresa privada (Celera Genomics)³⁴. Parece notorio que en un sistema capitalista el uso por laboratorios privados será particularmente intenso. También tendrán intervención quienes “encarguen” las modificaciones genéticas, por ejemplo los “padres” de los sujetos programados. Asimismo cabe hacer referencia al papel de las decisiones que se adopten en marcos gubernamentales y de organizaciones no gubernamentales.

Aunque los *contenidos* de los *valores bioéticos* que consideramos más relevantes son sumamente discutibles, cabe proponer, de manera que nos parece relativamente satisfactoria, las exigencias de adjudicaciones de esferas de libertad, interacción, satisfacción y desarrollo para que los individuos alcancen su plenitud. En ese sentido complejo pueden sostenerse al menos parcialmente, desde la senda de la justicia, las exigencias de *autonomía* de los individuos, con sus figuras derivadas paralelas, y la *aristocracia* de la superioridad ética, científica y técnica. Hay responsabilidades bioéticas autónomas y aristocráticas.

De maneras derivadas de la autonomía, cabe hacer referencia a otros acuerdos: de todos los

34 Introducción al Proyecto genoma, Enrique Iañez Pareja, Departamento de Microbiología e Instituto de Biotecnología, Universidad de Granada (España), <http://www.ugr.es/~eianez/Biotecnologia/genoma1.html> (17-6-2010).

interesados en que alguien decida (*paraautonomía*, v. gr. en el arbitraje), de la mayoría (*infraautonomía*, por ej. en la democracia) y de los interesados, si conocieran lo que se decide (*criptoautonomía*, v. gr. en la gestión de negocios ajenos sin mandato). Hay *aristocracias* bioéticas diversas y a menudo conflictivas en cuanto a superioridades relacionadas con la salud, la justicia, el amor, la verdad, la utilidad y la humanidad. Uno de los despliegues de aristocracia es el que da lugar a los *comités de Bioética*.

En relación con la autonomía y la aristocracia puede hacerse referencia a los *principios* de autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia. La autonomía y la aristocracia de hoy abren cauces a la intervención de la *sociedad civil*³⁵. Dado el gran desconocimiento de las situaciones que va presentando la nueva era, los sentidos de las decisiones son muy difíciles de conocer. Por ejemplo, es muy difícil saber quiénes son en definitiva los interesados pasados, actuales y futuros, cuáles son sus intereses e incluso cuál es el grado de legitimidad respectivo; también es cuestionable la superioridad.

Entre la autonomía, la infraautonomía, la criptoautonomía y la aristocracia pueden presentarse

35 Ésta resulta especialmente legitimada por la crisis de la división de poderes y la representatividad tradicionales, pensadas en otras épocas, que requiere además la recomposición del gobierno y la consideración de la “gobernanza”.

grandes tensiones. ¿Cuál es la legitimidad de los interesados directos, de la sociedad y de los científicos y técnicos? ¿Qué derecho tenemos los hombres presentes para decidir sobre la especie en el futuro? ¿Qué derecho tienen los padres respecto de sus hijos? ¿Qué querrían los individuos del futuro? ¿En qué medidas se debe ser leal a la humanidad tal como hoy la conocemos y a la posible humanidad futura?

Quienes no tienen títulos de legitimidad suelen ser denominados conductores “antiautónomos” o axiológicamente “de facto” (por ej. en nuestra construcción axiológica lo son los plutócratas).

8. La *responsabilidad* bioética puede referirse a las decisiones en *sí mismas* y a los *conjuntos* en los que se insertan³⁶. Las cuestiones de la nueva era producen una enorme responsabilidad que alcanza al porvenir de los individuos pero también de la especie humana, del Planeta todo e incluso del Universo³⁷. Sin embargo, el equilibrio

36 En cuanto a la noción de responsabilidad pueden v. por ej. FERRATER MORA, op. cit., t. II, págs. 569/70.

37 Cabe recordar el principio de responsabilidad expuesto por Jonas en el sentido de obrar de tal modo que los efectos de nuestra acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra (pueden v. por ej. “El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica”,

trad. Javier M^a Fernández Retenaga, Barcelona, Herder, 1979; SIQUEIRA, José Horacio de, “El principio de responsabilidad de Hans Jonas”, en “Acta Bioética”, 2001, año 7, N^o 2, págs. 277 y ss., en Acta Bioética, <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/554/55470209.pdf> –27-6-2010–; BECCHI, Paolo, “El itinerario filosófico de Hans Jonas. Etapas de un recorrido”, trad. Susana Brítez de Ecclesiis, en “Isegoría”, N^o 39, págs. 101 y ss., <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/download/623/624> –27-6-2010–; “La ética en la era de la técnica. Elementos para una crítica a Kart-Otto Apel y Hans Jonas”, trad. Alberto M. Damián, en “Doxa”, 25, págs. 117 y ss., http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584061091481851665679/doxa25_04.pdf –27-6-2010–; filosofía i pensament, Ramón Alcoberro, Hans Jonas, <http://www.alcoberro.info/V1/jonas0.htm> –27-6-2010–).

Una intensa referencia a la responsabilidad genética se halla en las doctrinas de la Iglesia Católica (puede v. por ej. Catholic.net, Pontificio Consejo para la Pastoral de los Agentes Sanitarios | Fuente: Carta a los agentes sanitarios, 1995, http://www.es.catholic.net/sexualidad_y_bioetica/338/1366/articulo.php?id=13288 –17-6-2010–). Es posible c. Pontifical Council for Health Pastoral Care, La Pastoral de la Salud, <http://www.healthpastoral.org/text.php?cid=321&sec=4&docid=3&lang=sp> (17-6-2010); Facultades de Medicina, Ciencias y Farmacia, Universidad de Navarra, Departamento de Humanidades Biomédicas, Carta de los Agentes Sanitarios, http://www.unav.es/cdb/sscartaagentes.html#LA_MANIPULACION (17-6-2010). En relación con el tema cabe c. además, v. gr., POPPER, Karl R., “La responsabilidad de vivir. Escritos sobre política, historia y conocimiento”, trad. Concha Roldán, Barcelona, Paidós, 1995. Cabe recordar

entre la responsabilidad por las decisiones aisladas y por el conjunto nos parece un camino imprescindible. Referirse sólo a la decisión aislada puede producir graves daños al conjunto; atender sólo al conjunto puede perjudicar la decisión aislada.

Hay orientaciones que refieren la apertura a porvenir más a la culpa y otras que la plantean más en términos de *responsabilidad* específica; a nuestro entender es preferible la segunda. En nuestra nueva era la responsabilidad parece desorientada e incluso debilitada.

9. Importa saber quiénes son *recipiendarios* gravados y beneficiados con la responsabilidad. Es relevante atender al respecto con qué *títulos* de *necesidad* o *conducta*, es decir de *merecimientos* o *méritos*, se toman y deben adoptar las decisiones bioéticas. La casi fractura de la temporalidad producida en la nueva era puede distanciar mucho los merecimientos y los méritos para la inserción en

la frase del filósofo austro-inglés reiteradamente citada, en el sentido de que: La historia de la ciencia, como la de todas las ideas humanas, es una historia de sueños irresponsables, de obstinaciones y errores. Sin embargo, la ciencia es una de las pocas actividades humanas –quizá la única– en la cual los errores son criticados sistemáticamente y muy a menudo, con el tiempo, corregidos (SIQUEIRA, op. cit., Filosofía de la ciencia II, <http://personal.telefonica.terra.es/web/mir/ferran/FilCcia2.htm> –27-6-2010–).

el nuevo mundo. Vale interrogarse en qué medida hay que atender a lo que los individuos necesiten y lo que “ganen” con su conducta, conforme a los criterios del mundo “viejo” y del “mundo nuevo”. Las radicalizaciones pueden conducir a cierta “fractura” de la especie. ¿Quiénes recibirán y deberán recibir las mejoras o incluso los perjuicios que puede brindar la genética humana? ¿Tendremos una especie programada por científicos, tecnólogos o plutócratas? ¿En qué medida sobrevivirán y deberán sobrevivir conceptos inmemoriales en los que se apoyan la Ética y el Derecho de nuestro tiempo?

10. Importa establecer los *objetos* de las decisiones éticas, es decir, qué es lo que se adjudica y se debe adjudicar, cuáles son los despliegues vitales respectivos. Como no sabemos bien qué sucederá y qué debería suceder, es muy difícil establecer responsabilidades.

Cabe interrogarse si se debe admitir el desenvolvimiento de una “humanidad” con caracteres “superiores” o “inferiores” a los nuestros, por ejemplo, en cuanto a duración de la vida, a aptitudes materiales e intelectuales, etc.³⁸ Decía Miguel de Unamuno que el hombre comenzó cuando a un

38 Bioetica.web, Transhumanismo, Escrito por Elena Postigo Solana, <http://www.bioeticaweb.com/content/view/4669/781/> (17-6-2010).

mono antropoide le nació un hijo muy “enfermo”³⁹. Seguramente si los “monos” hubieran sabido qué les sucedería con el surgimiento de la humanidad hubieran tenido grandes dudas en cuanto a permitir nuestro desarrollo.

A nuestro parecer, el hombre es un ser que con particular intensidad asume riesgos. ¿Ha de ser el hombre una cuerda tensa entre el animal y el superhombre?⁴⁰ ¿Qué condición tendrán y deberán tener los hombres modificados genéticamente?

39 Queréis una versión de nuestro origen? Sea. Según ella, no es en rigor el hombre, sino una especie de gorila, orangután, chimpancé o cosa así, hidrocéfalo o algo parecido. Un mono antropoide tuvo una vez un hijo enfermo, desde el punto de vista estrictamente animal o zoológico, enfermo, verdaderamente enfermo, y esa enfermedad resultó, además de una flaqueza, una ventaja para la lucha por la persistencia. Acabó por ponerse derecho el único mamífero vertical: el hombre (UNAMUNO, Miguel de, “Del sentimiento trágico de la vida”, 11ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, 1967, págs. 23/4; también escoala.ro, Miguel de Unamuno, Del sentimiento trágico de la vida, http://www.e-scoala.ro/espanol/miguel_de_unamuno.html -18-6-2010-).

40 El hombre es una cuerda tendida entre el animal y el superhombre (estudiantesfilosofia.org, Federico Nietzsche, Así habló Zaratustra, pág. 8, <http://estudiantesfilosofia.org/materiales/asi-hablo-zaratustra.pdf> -17-6-2010-; también v. por ej. Scribd.com, Federico Nietzsche, La genealogía de la moral, <http://www.scribd.com/doc/14136404/Federico-Nietzsche-La-genealogia-de-la-moral> -17-6-2010-; www.librosgratisweb.com, Friedrich Nietzsche,

Una de las perspectivas muy importantes del planteo de la Bioética en nuestros días es la de su relación con la ciudadanía y los derechos humanos⁴¹.

11. La *forma*, es decir el camino previo para decidir la responsabilidad, puede tener distintos sentidos de *audiencia*. Como ésta ha de concretarse con participación de todos los interesados, en el enorme cambio histórico que vivimos, donde hay inmensas dificultades en cuanto a su reconocimiento, dicha audiencia resulta considerablemente deficitaria⁴².

Ecce Homo, <http://www.librosgratisweb.com/html/nietzsche-friedrich/ecce-homo/index.htm>; Nietzsche.holtof.com, Ecce Homo, http://nietzsche.holtof.com/Nietzsche_ecce_homo/index.htm -17-6-2010-).

41 Cabe c. por ej. HOOFT, Pedro Federico, “Bioética, Derecho y Ciudadanía”, Bogotá. Temis, 2005; “Bioética y Derechos humanos”, Bs. As., Depalma, 1999; BOBBIO, Norberto, “L’età dei diritti”, Turín, Einaudi, 1990 (“El tiempo de los derechos”, trad. Rafael de Asís, Madrid, Sistema, 1991).

42 En la nueva era, con los cambios genéticos, las posibilidades de la comunicación tan jerarquizadas, por ejemplo en el pensamiento habermasiano, pueden resultar conmovidas (puede v. por ej. HABERMAS, Jürgen, “Teoría de la acción comunicativa”, I Racionalidad de la acción y racionalización social y II Crítica de la razón funcionalista, Taurus, Madrid, 1987 y 1999; Interpretación, lógica y argumentación jurídica, Entrevista a Jürgen Habermas: “La ansiada búsqueda del consenso”,

El consentimiento informado, tan importante en muchos aspectos de la Bioética, se hace sumamente difícil porque la información se refiere en mucho a lo desconocido.

12. Las *razones* de lo que se decide pueden ser móviles, razones alegadas y razones sociales. En el mundo ético la consideración de los *móviles*, es mucho más importante que en el mundo jurídico. En la dimensión fáctica del mundo ético las *razones sociales* suelen resultar más relevantes que los móviles⁴³. En días de cambio de era de la historia, las bases de los tres despliegues resultan conmovidas, sobre todo porque no se sabe quiénes son al fin los destinatarios de la fundamentación ni qué estará dispuesta a aceptar la sociedad. Es poco lo que se sabe acerca de qué hay que hacer, qué hay que argumentar y qué resulta razonable para la sociedad.

13. Las decisiones bioéticas pueden plantearse en términos de *autoridad* o *autonomía*; de intervención o abstención. El peso de la autonomía ha ido creciendo, incluso ante principios tradicionales

Juan Pablo Sterling Casas, <http://razonjuridica.blogspot.com/2008/04/entrevista-jrgen-habermas-la-ansiada.html-8-7-2010->).

43 En el mundo jurídico importan más los objetos adjudicados y los beneficiarios.

como el de beneficencia, y vale recordar que la autonomía es uno de los criterios que se usan tradicionalmente para diferenciar a la Ética del Derecho⁴⁴.

La beneficencia gana posibilidades por el avance de la Medicina, pero la conciencia colectiva jerarquiza a la autonomía. No se sabe bien en qué consistirían la beneficencia y la autonomía a largo plazo.

14. Las decisiones éticas y su realización se desenvuelven en el marco inevitable de las *fuerzas*, al fin de carácter más o menos *individual* o *social*. En ese espacio las decisiones encuentran *límites necesarios*, surgidos de la naturaleza de las cosas. Cada persona decide y hace lo que quiere dentro de lo que puede, pero debe querer y poder lo valioso.

44 La diferenciación del Derecho y la Ética (suele decirse “Moral”) se va debilitando por el creciente reconocimiento de la autonomía como espacio perteneciente al Derecho. El campo jurídico es cada día menos identificable en relación con la fuerza o el Estado. Además la referencia excluyente de la Moral a la autonomía resulta desmentida por la autoridad que suele ejercerse en ese campo. La conciencia puede ser dominada, pero contra esto hay que esforzarse de manera permanente (cabe recordar por ej. SARGANT, William, “La conquista de la mente humana”, trad. Agustín Santiago Luque, Madrid, Aguilar, 1964).

Querer lo valioso imposible, sólo es valioso en términos de querer hacerlo posible.

El cambio de era de la historia significa una variación casi irreconocible de las fuerzas sociales, de modo que las decisiones éticas, en este caso bio-éticas, resultan sumamente difíciles. Tal vez pueda decirse que uno de los rasgos de la nueva era es la multiplicación de los “*casos difíciles*”. Gran parte de la tensión de nuestros días se debe a que las posibilidades son tan grandes y desconocidas que casi no sabemos lo que es “posible” o “imposible”. La ética es siempre una disciplina “*de encrucijada*”, pero en nuestros días lo va siendo con muy particular intensidad.

15. Las decisiones éticas pueden presentarse en *orden* o *desorden*. El orden ético tiene múltiples perspectivas, que se refieren a los individuos y las comunidades, incluyendo un alcance planetario y universal.

El orden ético puede nacer por vías de mayor *planificación* o *ejemplaridad*, de mayor verticalidad descendente o de horizontalidad surgida de la razonabilidad. El cambio histórico de hoy hace muy difícil la planificación y requiere un juego más amplio de la ejemplaridad. En la nueva era, donde tanto es desconocido, será necesario permitir más que la Bioética se desenvuelva según la ejemplaridad, conforme a lo que se vaya considerando razonable.

Como indicó el poeta, caminante no hay camino, se hace camino al andar⁴⁵. En nuestros días hay un enorme cambio del orden ético, una enorme *revolución ética*.

Tal vez hoy sea especialmente necesario cierto acuerdo ético planetario, pero las diversidades culturales, incluso de la globalización/marginación, tienden a hacerlo imposible y quizás el acuerdo contribuya a frenar la evolución.

16. Las decisiones éticas son captables en una *lógica de juicios* que son *normatividades éticas*. Estos juicios *describen* e *integran* las decisiones valiéndose de *conceptos* que determinan sus alcances y les incorporan sentidos. Se utilizan, principalmente, los conceptos “ético” y “no ético”, “moral” e “inmoral”, “bueno” y “malo”. De esto derivan otros conceptos, referidos positiva o negativamente a los valores de la ética. Los juicios éticos se articulan en *sistemas de lógica ética*. En la nueva era existe una gran dificultad en cuanto a los contenidos a asignar a los juicios éticos y el sistema de lógica ética.

Quizás el más importante despliegue lógico de la ética sea el del universalismo kantiano⁴⁶, pero

45 Caminante, no hay camino. Autor: Antonio Machado, <http://www.motivaciones.org/ctosecaminantenohaycamino.htm> (4-7-2010).

46 “Obra de tal modo, que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre, al mismo tiempo, como principio de una

en nuestros días de enorme cambio, donde todo es nuevo y distinto, cuando todo se presenta éticamente individual, la universalización se hace casi insostenible y en todo caso pierde gran parte de su interés.

Ya señalamos que los sentidos éticos de muchos conceptos van entrando en crisis; algunos de ellos son inmemoriales como los de padre, madre, hijo, esposo, etc. y, sobre todo, habrá que atender al contenido del concepto mismo de humanidad. Ya en la remota antigüedad, por ejemplo en el sentido atribuido a la célebre frase de Terencio⁴⁷, se advierte una muy relevante preocupación acerca de lo que entendemos por humanidad. ¿Se tratará de una noción fija o móvil de humanidad?

En el despliegue de la Bioética⁴⁸ de la nueva era tendrán alta significación *normas jurídicas y éticas* como las contenidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 11 de

legislación universal” (KANT, Immanuel, “Crítica de la razón práctica”, trad. E. Miñana y Villasagra y Manuel García Morente, en KANT, “Fundamentación de la Metafísica de las costumbres. Crítica de la razón práctica. La paz perpetua”, México, Porrúa, 1977, pág. 112).

47 “Homo sum, humani nihil a me alienum puto” (“Heauton Timoroumenos”).

48 En este caso incluimos el Bioderecho.

noviembre de 1997⁴⁹, la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003⁵⁰ y la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO del 19 de octubre de 2005⁵¹.

17. Según adelantamos, a nuestro criterio la Bioética del nuevo tiempo tiene que buscar un equilibrio propio en el complejo de *valores éticos*, sean éstos en su despliegue específico o en su culminación en el valor humanidad. Pese a importantes avances en las concepciones de justicia, es posible que la *utilidad*, por su mayor posibilidad dinámica, adquiera especial relevancia. Quizás avance, además, respecto de la bondad e incluso sobre la humanidad.

La Bioética de la nueva era deberá abrirse camino en la enorme tensión actual entre *mercado y economía*, más referidos a la utilidad, y *derechos humanos y democracia*, más orientados a la justicia.

49 UNESCO.org, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (28-6-2010).

50 En general, v. Facultad de Derecho. Universidad de Buenos Aires, Regulación Jurídica de las Biotecnologías, Curso Dictado por la Dra. Teodora Zamudio, <http://www.biotech.bioetica.org/d107.htm> (28-6-2010).

51 UNESCO, <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180s.pdf> (28-6-2010).

18. En cuanto a los caminos para el pensamiento de la justicia, o sea las *clases de justicia*, es posible que la nueva era requiera avances de la justicia *consensual* y “*de llegada*” sobre la *extraconsensual* y “*de partida*”⁵². La justicia consensual se piensa en relación con el consenso, al menos eventual, y la justicia de llegada atiende al pasado y el presente en relación a lo que se quiere alcanzar.

Mucho habrá que pensar asimismo en cuanto al desenvolvimiento de la justicia monologal, de una razón de justicia, o polilodal, de diversas razones de justicia, y respecto a la justicia particular o general, que se refiere al bien común. ¿Se tratará de un monólogo de pasado, presente o porvenir o de una diversidad de razones? ¿Se trata de una problemática particular de los individuos o común de la humanidad?

19. Como todos los valores, los valores éticos presentan despliegues de *valencia* (deber ser “puro”), *valoración* (deber ser aplicado) y *orientación* (criterios generales orientadores). En la Ética los valores se dirigen principalmente a las virtudes y los vicios, no a lo que sucede, como acontece en el

52 En cuanto a la justicia “de partida” y la justicia “de llegada”, es posible c. por ej. nuestro artículo “Hacia una comprensión dinámica de la justicia (justicia y progreso)”, en “El Derecho”, t. 123, págs. 715 y ss.

Derecho, pero en relativa semejanza con éste la valoración se refiere a un material estimativo sumamente complejo, constituido por la *totalidad* de las decisiones del pasado, el presente y el porvenir (“pantomía”; “pan=todo; nomos=ley que gobierna”). No se trata sólo de la pantomía de la justicia, sino de la que caracteriza a la salud, la bondad, la utilidad, el amor y la humanidad. Esta pantomía contribuye a que todos esos valores sean tan difíciles de conceptualizar. Es relevante establecer en qué medida hay que guardar lealtad a la humanidad tal como es hoy o a la “*humanidad del porvenir*”⁵³. La totalidad presenta *complejos* en cuanto a personas, materia, tiempo y espacio y en relación con quiénes deben recibir las consecuencias.

Como las totalidades referidas nos son inabordables, porque no somos omnipotentes ni omniscientes, vivimos *angustia* ética y nos es imprescindible *fraccionarlas*, cuando no podemos conocer más, produciendo con las decisiones *seguridad ética*. El fraccionamiento ético es siempre sumamente *difícil*, especialmente en un cambio de

53 En cuanto a la noción de humanidad pueden v., por ej., SAVATER, Fernando, “Ética para Amador”, págs. 24 y ss., http://filodelteja2.files.wordpress.com/2007/04/etica_para_amador-cap-4.pdf (27-6-2010); Contradictorio, Decidir qué humanidad queremos ser, Fuente: El valor de elegir (Fernando Savater), <http://juanmago.com/2008/03/25/elegir-la-humanidad/> (27-6-2010).

era histórica. Vamos viviendo días de gran inseguridad bioética.

La atención a la nueva era requiere apoyarse en la *educación* como desenvolvimiento de las potencialidades de los individuos y en la *investigación*. La educación y la investigación permanentes son claves para la respuesta al nuevo tiempo. La referencia al porvenir obliga a que la nueva era deje abierta la *esperanza*.

Las valoraciones producen *deber ser actual*, de que la decisión valiosa suceda, y *deber de actuar* para quienes pueden decidir que lo valioso suceda. Una nueva era significa una enorme exigencia de que “se decida” y cada hombre “decida” atendiendo de manera debida a sus desafíos.

La orientación, producida a través de *criterios generales*, puede ser más o menos sustentable. En la nueva era la no sustentabilidad es muy frecuente. Al menos la crisis de las valoraciones y la orientación será muy reiterada.

20. Atendiendo a la construcción trialista la Bioética ha de atender a la *unicidad*, la *igualdad* y la *comunidad* de todos los hombres, exigencia que se hace particularmente tensa en el nuevo tiempo. La unicidad debe llevar al respeto de la diversidad biológica y cultural, incluyendo por ejemplo a todos los sectores vulnerables por su diversidad de lo

“normal”⁵⁴. La igualdad requiere que se consideren a la par las posibilidades de todos los hombres⁵⁵. La comunidad ha de conducir a que se atienda al porvenir de la especie humana en su conjunto.

La justicia de la Ética y del Derecho requiere la *protección* de todos los individuos contra los demás, respecto de ellos mismos y frente a todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Hay que resguardar a los individuos de hoy contra los de la nueva era que se presenta y,

54 En relación con el tema es posible c. por ej. nuestro trabajo “Acerca de la normalidad, la anormalidad y el Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 19, págs. 5 y ss. (también la tesis doctoral del Doctorado en Ciencias Políticas y Diplomáticas, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas UNR, “El liberalismo político desde el punto de vista jurídico”).

55 La problemática de la igualdad, destacable desde pensadores como Juan Jacobo Rousseau y, en nuestro tiempo, Amartya Sen, se acentuaría con el desarrollo desigual de las posibilidades bioéticas (cabe c. por ej. La Editorial Virtual, Juan Jacobo Rousseau, El Contrato Social, <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContratoIndice.htm> -8-7-2010-; Nobleprize.org, Amartya Sen, Autobiography, http://nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/1998/sen-autobio.html -8-7-2010-; Eumed.net, Grandes Economistas, Amartya Sen (1933-), <http://eumed.net/cursecon/economistas/sen.htm> -8-7-2010-; Dilemata, Amartya Sen sobre desarrollo y libertad, Ana Sevillano y Fanny Ramírez, <http://www.dilemata.net/index.php/Desarrollo-humano/amartya-sen-sobre-desarrollo-y-libertad.html> -9-7-2010-).

a la inversa, hay que proteger a los individuos del mañana frente a las posibles agresiones de los individuos de hoy⁵⁶.

III. Conclusión

21. La humanidad se encuentra ante el desafío de una nueva era, expresada por enormes cambios éticos, científicos y técnicos. La responsabilidad bioética es imprescindible para resolverlo acertadamente. El amplio panorama de interrogantes al respecto puede enriquecerse aprovechando las perspectivas del integrativismo tridimensionalista de la teoría trialista del mundo ético.

56 Entre las respuestas que suelen proponerse para superar las dificultades actuales están: a) el paradigma comunitario que integra Estado, comunidad y sector privado (ETZIONI, Amitai, “La nueva regla de oro: comunidad y moralidad en una sociedad democrática”, trad. Marco Aurelio Galmarini Rodríguez, Barcelona, Paidós, 1999).

LOS NUEVOS PARADIGMAS DE LA FAMILIA INTERNACIONAL¹

I. Ideas básicas

1. La noción de familia internacional y su nueva problemática

1. La *familia* es uno de los ámbitos donde se manifiesta en mayor medida la *nueva era* que nos toca vivir, signada por enormes transformaciones científicas, técnicas y morales. La nueva era, que por el momento se nombra prudentemente como “post-modernidad”², se manifiesta de manera principal

1 Ideas básicas de la exposición del autor en el Seminario Nuevos Paradigmas de Familia y su Reflejo en el Derecho Internacional Privado, Universidad Blas Pascal, Córdoba, 2 de agosto de 2010.

El presente trabajo se produjo en relación con el del mismo autor “Responsabilidades bioéticas en una nueva era”; también cabe tener en cuenta especialmente “Bases culturales del Derecho Internacional Privado de Familia”, en “Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 30, págs. 31/50.

2 En cuanto al proceso histórico de Occidente puede v. por ej. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”,

en las posibilidades de la genética humana³. Jamás una especie ha tenido sobre sí misma un poder semejante al que hoy posee la humanidad. Quizás sea propio de nuestra vida no poder penetrar al fin a la “tierra prometida”, pero la tierra ahora esperada es particularmente sorprendente⁴.

La nueva era comenzó a anunciarse, de modo “explosivo”, el 6 de agosto de 1945, cuando estalló en Hiroshima la primera bomba atómica y tal vez acabó de evidenciarse el 14 de abril de 2003, cuando se presentó en gran medida el genoma humano⁵. El

Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

- 3 Otros temas de gran significación, que a veces no reciben la atención que deberían tener, son v. gr. la biología sintética, la nanotecnología, la integración corpórea de la Medicina con la tecnología y la proyección en el espacio exterior (el Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la UNR tiene un Área de Filosofía del Derecho de la Alta Tecnología).
- 4 Catholic.net, Deuteronomio, 34, 1-4, <http://es.catholic.net/biblioteca/libro.phtml?consecutivo=200&capitulo=2234#34> (28-6-2010).
- 5 Un borrador inicial del genoma humano fue terminado en el año 2001 (anunciado conjuntamente por el presidente de los Estados Unidos de América Bill Clinton y el primer ministro del Reino Unido Tony Blair el 26 de junio de 2001). Finalmente el genoma humano relativamente completo fue presentado en abril del 2003, dos años antes de lo esperado (puede v. Julia Pettinari, “Mucho ruido y muchas nueces: se completó el proyecto genoma

6 de agosto de 1945 comenzó a poner en cuestión la existencia de la vida en el Planeta, el 14 de abril de 2003 planteó el interrogante del porvenir de la especie humana. Posibilidades reproductivas, de

humano”, en *Química Viva*, Universidad de Buenos Aires, 2003, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/863/86320106.pdf> -5-5-2010-. Cabe c. además por ej. *Nature Reviews Genetics*, <http://www.nature.com/nrg/index.html> -20-6-2010-. En cuanto a la investigación genómica es posible v. por ej. *Nature.com*, <http://www.nature.com/> -20-6-2010-; *Gene Codes Corporation*, http://www.gene-codes.com/?referrer=Google_SA-D_genomics&gclid=CNO13bTir6ICFYIe7godHEI_QQ -20-6-2010-; *Science*, <http://www.sciencemag.org/content/current/> -20-6-2010-; *Science Translational Medicine*, <http://stm.sciencemag.org/> -20-6-2010-; *National Cancer Institute, General Cancer Genetics Information*, <http://www.cancer.gov/cancertopics/prevention-genetics-causes/genetics> -21-6-2010-; *OJIN, The Online Journal of Issues in Nursing*, 13. *Genetic Revolution: What? Why? How?*, en <http://www.nursingworld.org/MainMenuCategories/ANAMarketplace/ANAPeriodicals/OJIN/JournalTopics/GeneticRevolution.aspx> -21-6-2010-; *Bee, Biology Electronic Encyclopedia, Genetics Dictionary*, http://www.beelib.com/genetics_dictionary.html -21-6-2010-. Asimismo: *UNESCO, Instrumentos Normativos, Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos*, 11 de noviembre de 1997, http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html -7-6-2010-; *Human Genome Organisation*, <http://translate.google.com.ar/translate?hl=es&langpair=en%7Ces&u=http://www.hugo-international.org/> -17-6-2010-).

caracterización de los individuos y de generación de nuevas especies figuran entre los retos muy significativos que se muestran en el presente. La duración de nuestra vida y las cualidades físicas, intelectuales y éticas de la humanidad actual pueden ser radicalmente modificadas⁶.

Si siempre es muy *difícil* definir fenómenos sociales, el presente caso, de la *familia internacional* de nuestros días, lo es de una manera especialmente destacada. Dada esta complejidad, nuestro propósito es más presentar *preguntas* enriquecidas por respuestas que brindar soluciones.

Quizás entre las causas de la nueva era estén las condiciones económicas, principalmente las fuerzas y las relaciones de producción que, en nuestro caso, modifican fundamentalmente la ubicación y constitución de la *familia*. En cuanto la pensemos impulsada en gran medida por el modelo occidental, la familia resulta en una *crisis* muy profunda que tal vez exija referirla simplemente a relaciones sexuales

6 A través del estudio genético se pueden detectar genes defectuosos al menos en parte responsables de enfermedades graves. Entre las enfermedades de posible origen genético están la hemofilia, la corea de Huntington falciforme, la fibrosis quística, el hipotiroidismo congénito, el retraso mental, la miopatía de Duchenne, la maniaco-depresión, el síndrome de Lesch Nyhan, la deficiencia de ADA, la hidrocefalia, la microcefalia, el labio leporino, el ano imperfecto, la espina bífida, el cáncer y el mal de Alzheimer.

con cierta vocación de permanencia e intergeneracionales. En el despliegue tradicional el vínculo entre los dos ámbitos estaba en mucho en la relación entre *sexo* y *reproducción*; ahora ésta se ha debilitado de manera notable, quizás de modo muy evidente en el matrimonio homosexual.

En el marco familiar existen dos grandes proyecciones, una *personal* y la otra *patrimonial*, sea obligacional (o específicamente contractual) o real. Sin embargo, en el Occidente de nuestros días quizás exista una *patrimonialización* e incluso *contractualización* de lo que tradicionalmente fue personal.

Con creciente referencia laica, la modernidad en sentido amplio ha puesto en crisis la concepción cristiana, y especialmente católica, del matrimonio⁷. En esta concepción hoy en crisis la Iglesia establece que “La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de

7 Es posible v. Daniel Borrillo (investigador del CNRS, Francia), “La modernidad se ocupa de modificar el matrimonio”, en “Clarín”, 19 de julio de 2010, http://www.clarin.com/opinion/modernidad-ocupa-modificar-matrimonio_0_301170020.html (19-7-2010).

sacramento entre bautizados”⁸. Vale preguntarse si, pasando en su momento por el divorcio vincular, la tendencia contractualizadora se muestra ahora de cierto modo en el creciente establecimiento del matrimonio homosexual. ¿Corresponde éste a una contractualización o a una neoinstitucionalización? Aunque el origen de la relación homosexual es afin al contrato, parece que lo que se busca es su institucionalización.

La vocación contractualista suele penetrar la reproducción y afirmarse en las relaciones patrimoniales de las parejas. En múltiples aspectos la familia actual es especialmente “inestable”. Cambios en la vida sexual significan mutaciones hondas en la estructura social.

Para comprender nuestro tema, tenemos que ubicarnos ante una familia que de cierto modo “estalla”, con enormes tensiones, en un escenario crecientemente mundial no desprovisto de grandes conflictos⁹. La familia occidental se laiciza y

8 Código de Derecho Canónico, Libro IV, Parte I, Título VII, 1055 § 1, en La Santa Sede, http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3T.HTM (10-7-2010).

9 En cuanto a la familia en nuestro tiempo, puede v. por ej. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída (coord.), “El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas”, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000. También es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Filosofía del Derecho de Familia”, en “Investigación y Docencia”, N° 34, págs. 15/40; “Jusfilosofía del Derecho de Familia en

la postmodernidad”, en “Investigación...” cit., N° 29, 1997, págs. 17 y ss.; “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., N° 30, págs. 95 y ss.; “Bases culturales del Derecho Internacional Privado de Familia”, en “Derecho de Familia - Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia”, N° 30, págs. 31/50; “Ideas básicas respecto del Bioderecho de la familia internacional en la actualidad”, en “Bioética y Bioderecho”, N° 3, págs. 57 y ss.; “Derecho de Familia Comparado”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 31 y ss.; “Comprensión trialista del Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., N° 23, págs. 11 y ss. Cabe c. Asociación Internacional de Derecho de Familia, <http://civil.udg.es/isfl/> (29-6-2010); Cardiff University, Cardiff Law School, A Research Centre dedicated to International Family Law, http://www.law.cf.ac.uk/alumni/newsletter/2005/sep/sep_t1.html (29-6-2010); Centre for International Family Law Studies, <http://www.law.cf.ac.uk/family/> (29-6-2010); American Bar Association, International Family Law Committee, <http://www.abanet.org/dch/committee.cfm?com=IC942000> (29-6-2010); International Academy of Matrimonial Lawyers, <http://www.iaml.org/> (29-6-2010); Ministry of Justice, International family law, <http://www.justice.gov.uk/about/international-family-law.htm> (29-6-2010); Conseil de l’Europe, Droit de la famille et droits des enfants, http://www.coe.int/t/f/affaires_juridiques/coop%C3%A9ration_juridique/Droit_de_la_famille_et_droits_des_enfants/ (29-6-2010); Oxford Journals, International Journal of Law, Policy and the Family, <http://lawfam.oxfordjournals.org/> (29-6-2010). Asimismo: “Family Law Quarterly”; LLRX, Features - International Family Law: A Selective Resource Guide, [55](http://www.</p>
</div>
<div data-bbox=)

revolucionaria, pero la musulmana, de presencia muy significativa, continúa siendo profundamente religiosa y en cierta medida estable¹⁰.

llrx.com/features/int_fam.htm (29-6-2010); “Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia” cit., directora Cecilia P. Grosman, Abeledo-Perrot, Bs. As. (en especial cabe v, por ej. N° 41, “Las nuevas tecnologías y el Derecho de Familia”); “Familia - Rivista di diritto della famiglia e delle successioni in Europa”.

Es posible v. DAVI, A., “Il diritto internazionale privato italiano della familia e le fonti di origine internazionale o comunitaria”, en “Rivista di diritto internazionale”, 85, 4, págs. 861 y ss.; Centro de Documentazione Europea dell’ Università degli Studi di Verona, La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario, Bibliografia, Europe Direct, http://fermi.univr.it/europa/servizi/dossier_diritto_famiglia.pdf (12-7-2010).

- 10 Es posible v. AL DABBAG, Harith, “Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque”, en “Revue critique de droit international privé”, 1/2009, págs. 29 y ss.

En cuanto a la tensión entre otras familias jurídicas tradicionales y el capitalismo puede v. por ej. nuestro trabajo “Una parte altamente significativa del ‘Derecho Universal’ de nuestro tiempo: el Derecho de Familia japonés”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 99 y ss.

En el panorama general del Derecho Internacional Privado y del Derecho y la cultura en general tienen gran importancia también las relaciones con China (acerca de la autopresentación de China, cabe c. Embajada de la República Popular China en México, <http://www.embajada.china.org.mx/esp/zgabc/t606151.htm> -23-8-2010-; por otra parte, Embassy of the United States, Beijing, China, Why the U.S.-China relationship is the most important

Se trata en nuestro caso de una enorme modificación en lo personal, material, temporal y espacial, aspecto éste que, desde el punto de vista del presente trabajo, tiene especial significación. La familia de hoy posee muy limitados papeles en cuanto a producción, distribución y consumo. El capitalismo “ubica” a todos los elementos materiales y personales donde y como le son necesarios, y la situación familiar es muy débil.

La problemática de la familia internacional atraviesa todo el Derecho, pero en nuestro caso nos referimos especialmente al ámbito del *Derecho Internacional Privado*¹¹. En cuanto a lo internacional,

in the World, Jon M. Huntsman, Jr, <http://beijing.usembassy-china.org.cn/021110pr.html> -23-8-2010-; China and the Private International Law Unification Process; en chino, con introducción en inglés, Wuhan University, 1996; LexisNexis China Law Database, http://www.lexiscn.com/law/lawsearchform_login.php?url=L2xuYy9sYW5kaW5nLnBocA==&eng=0 -23-8-2010-; Yale Law School, <http://blogs.law.yale.edu/blogs/foreign/archive/tags/China/default.aspx> -23-8-2010-). Un interrogante significativo es el grado de profundidad de las relaciones que tendrán las vinculaciones de China con Occidente. ¿En caso de ser éstas superficiales, acentuarán la superficialidad de la vida en Occidente?

11 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Concepto del Derecho Internacional Privado”, en “Investigación...” cit., N° 41, págs. 9 y ss. (también Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/1148/1122> -10-7-2010-).

una de las manifestaciones de la nueva era es la *globalización/marginación*, con sus avances y relativos retrocesos en relación con el protagonismo estatal¹². Entre las manifestaciones de la globalización cabe referir, por ejemplo, la crisis de los “lugares”, el abandono de la referencia “made in” por “made by” y la financiarización. Además de la interespacialidad, en mucho por los muy significativos fenómenos migratorios¹³, hay una muy relevante

12 Es posible v. ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, La Ley, Bs. As., 2005; Miguel Ángel Ciuro Caldani, “Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica”, en “Investigación...” cit., N° 27, 1996, págs. 9 y ss.; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs. 41/56; “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

13 Pueden v. por ej. Naciones Unidas. Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cmw.htm>, en general v. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/> (29-6-2010); Christel Cournil, “Aux “confins des droits” des mineurs étrangers non accompagnés detenus et refoulés”, en “Revue critique de droit international privé”, 1/2008, págs. 35 y ss.

interpersonalidad¹⁴, al fin puede hacerse referencia a la *interculturalidad*.

2. En la era que se inicia se presentan nuevas *perspectivas* de organización familiar que conmueven el panorama tradicional. A veces esas perspectivas son relativamente más próximas a lo tradicional, como las uniones “de hecho”; las familias ensambladas; las familias monoparentales¹⁵; la condición más autónoma de los hijos; la sustitución del poder de los padres (“patria potestad”) por el establecimiento del “servicio paterno”; la especial vulnerabilidad de los ancianos; la mayor conciencia de la violencia familiar; las posibilidades de mediación y la creciente patrimonialización de las relaciones en cuanto a bienes. Otras perspectivas son más “innovadoras”, como la unión civil y el matrimonio homosexual¹⁶;

14 Respecto de la interpersonalidad el 25 de septiembre de 2010 se realizó en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario una Jornada sobre el Derecho Interpersonal en homenaje a Werner Goldschmidt en el año del centenario de su nacimiento.

También hay que tener en cuenta los fenómenos de regionalización y de admisión de pueblos “originarios”.

15 Cabe c. por ej. GROSMAN, Cecilia (dir.), “Familia monoparental”, Bs. As., Universidad, 2008.

16 Puede v. por ej. Nerina Boschiero, “Les unions homosexuelles à l’épreuve du droit international privé italien”, en “Rivista de Diritto Internazionale”, XC, 1, págs. 50 y ss.

la reproducción asistida intra y extrauterina; las técnicas de clonación; la “ingeniería genética” y el gran desarrollo de la autonomía de los niños¹⁷.

Mucho hay que considerar para resolver los regímenes jusprivatistas internacionales de estas cuestiones.

2. El origen de la familia internacional occidental

3. Si por familia internacional se hace referencia a la que promueve la cultura *occidental*¹⁸, vale atender a que ésta proviene de aportes tensos

17 Es posible v. por ej. Cecilia Grosman (dir.), “Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad”, Buenos Aires, Universidad, 2004.

Un cambio significativo en muchas sociedades es el comienzo anticipado y la finalización postergada de la adolescencia. También cabe hacer referencia al anticipo en la iniciación y quizás la postergación del fin de las relaciones sexuales. Suele hablarse de la fragilidad y la explosividad de los niños en sentido estricto y los adolescentes. En una cultura de cierto modo adolescente es especialmente difícil encontrar los soportes “extremos” para ser adolescente.

18 Tal vez convenga especificar que Occidente es más una civilización que una cultura (puede v. por ej. nuestro trabajo “Cultura, civilización y decadencia en el mundo jurídico”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 5, págs. 9 y ss.

pero concluyentes del escenario marítimo mediterráneo, griegos, romanos, judeocristianos, germanos e incluso islámicos.

La “*mediterraneidad*”, desenvuelta en un mar grande pero relativamente accesible, contribuyó a hacer un hombre marítimo, que renuncia a tener piso, haciéndolo con su propia audacia y destreza, y un hombre que además posee muy desarrollada vocación comercial e industrial. El aporte de la cultura *griega* es prometeico, antropocéntrico y de cierto modo democrático; la contribución *romana* brinda un gran sentido práctico y un magnífico despliegue jusprivatista patrimonial y el aporte *judeo-cristiano* refiere a la talla de un Dios único, creador, persona, omnisciente y omnipotente, en ciertos casos innombrable e irrepresentable, que se encarnó en un hombre. El despliegue prometeico griego dio ámbito al “pecado triunfante”, equilibrado a menudo con el sentido adánico del “pecado claudicante” judeo-cristiano, que frena también la enorme grandeza de Jahvé. El Dios cristiano se manifiesta, no obstante, en la enorme tensión de las Bienaventuranzas, tan comprometedoras que son escasamente citadas. Los *germanos* entregaron principalmente un sentido de individualidad en comunidad. En su momento el aporte musulmán, en mucho vehiculizado por los árabes, aproximó elementos culturales propios e incluso de otras culturas.

A partir del cristianismo, Occidente tuvo una fuerte referencia “*futuriza*” encaminada a la

salvación. Luego, el sentido de futuro se proyectó a este mundo, haciéndose laico. Quizás pueda decirse que hoy la cultura occidental está “paganizada” pero, aunque ya no tiene el empuje consciente de la modernidad, posee fuerte proyección al porvenir. Pensar a Occidente es referirse a un fuerte impulso de *cambio*¹⁹. Sólo éste viabiliza el consumo capitalista.

El elemento judeocristiano, que en la Edad Media (Edad de la Fe) fue claramente predominante, es ahora mucho más débil y hay fuertes analogías con la cultura romana. Si la Edad Media fue claramente teocéntrica y tuvo raíces metafísicas, la Edad Moderna (Edad de la Razón y de la Experiencia) acabó sentando una concepción antropocéntrica y minando, principalmente a través de la obra kantiana, la Metafísica tradicional. Luego del derrumbe de la vocación universalizadora de Kant, por el predominio contemporáneo de lo individual, las concepciones éticas en general quedaron “a la deriva” que se manifiesta en la postmodernidad. Con el debilitamiento de las institucionalidades avanzó la “*contractualidad*”. La trama institucional cede ahora ante la individualidad personal, produciéndose grandes cambios en los procesos de socialización. De todas estas modificaciones surge el actual panorama

19 Cabe c. nuestro artículo “Reflexiones sobre los valores jurídicos en una sociedad en transformación”, en “Zeus”, t. 6, págs. D-25 y ss.

familiar, donde las nuevas construcciones desafían intensamente a las tradicionales²⁰. Si la *voluntad*, no la naturaleza, establece las relaciones jurídicas, no se advierten razones para el rechazo del matrimonio homosexual y para prácticas reproductivas no “naturales”.

En la polémica entre *nominalismo* y *realismo* de los universales, triunfa el nominalismo que tanto influyó en la formación del capitalismo: podría decirse que una familia “es” lo que “es”, no lo que dice el universal. Hay frecuentes *disociaciones* entre las perspectivas biológicas, psicológicas y culturales. El sexo y el matrimonio de hoy tienden a ser más negocios jurídicos, no hechos ni actos jurídicos.

En cuanto concierne a la *Argentina* y en general a Hispanoamérica, es importante reconocer la tensión heredada de España entre el sector *hispanico tradicional*, más ortodoxamente católico, organicista, intervencionista (paternalista) y romántico, y el sector *anglofrancés*, más cercano a la

20 Es posible v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4, hoy en “Aportes Iusfilosóficos para la construcción del Derecho: Metodología Jurídica. Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho. La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas (recopilación)”, Rosario, Zeus, 2008.

Reforma, contractualista, abstencionista e ilustrado²¹. Según esta diferenciación, en cuanto a qué se piensa, los Pirineos son expresión geográfica más relevante que el cómo se piensa que se diversifica en el Canal de la Mancha. También respecto a relaciones sexuales y reproducción el sector hispánico, sobre todo cuando es ortodoxo (v. gr. el peronismo de centro-derecha) se apega más a las sendas tradicionales. En cambio, el sector anglofrancés, a veces en confluencia con la izquierda hispánica (v. gr. peronismo de izquierda) admite y promueve más innovaciones.

El panorama del mundo actual muestra relevantes coincidencias pero también importantes tensiones entre la *economía* y el *capitalismo* y los *derechos humanos* y la *democracia*. En general todo es lo que la economía y el capitalismo promueven, pero también hay ciertas resistencias del Estado y organizaciones no gubernamentales que, al menos en apariencia, promueven otros modelos. En este marco se despliega la constitución de la familia. El capitalismo, dotado de alta capacidad tecnológica, no necesita mucha vida nueva, pero los hombres se consideran titulares de un derecho radical a reproducirse o no reproducirse. Los matrimonios homosexuales y las prácticas novedosas en cuanto a la reproducción son expresiones de estas orientaciones.

21 Pueden v. nuestras “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., Nº 27, págs. 113/126.

Respecto a la *condición de la mujer*, que tanto influye en la organización familiar, cabe destacar la jerarquización relativa que brindó, según el cristianismo, la figura de María, la más importante de las criaturas puramente humanas, pero desprovista de referencia sexual, el lugar de la mujer inspiradora de los hombres vigente en los pueblos germanos y la relativa sujeción de la mujer en la cultura musulmana²².

22 Conocer y comprender el Islam es imprescindible para estar al tanto de la compleja problemática de la familia internacional de nuestros días. El término Islam viene de raíces árabes. Salam quiere decir Paz e Islam significa Sumisión a Dios. Ser musulmán es someterse a Dios (WebIslam, Asma Lamrabet, “Mitos sobre el Islam”, <http://www.webislam.com/?idt=2092> -12-7-2010-). El Islam se construyó con bases judías, cristianas y árabes anteriores. Por sobre las ideas de la Biblia se hace referencia al Corán, un libro no sólo religioso sino también jurídico. Entre las causas de la diversidad del Islam respecto del catolicismo se encuentran, en gran medida, su simplicidad, la promesa histórica de libertad a los esclavos y la organización familiar. El mundo islámico fue, por otra parte, durante mucho tiempo el heredero y el custodio de la antigua cultura grecorromana (puede v. BELLOC, Hilaire, “Las grandes herejías”, trad. Pedro de Olazábal, Bs. As., Sudamericana, 1966, pág. 77). Una indicación de las afinidades y las diferencias entre el Occidente cristiano y el Islam puede expresarse en el título con que Hilaire Belloc se refirió en su libro sobre “Las Grandes Herejías” a la grande y duradera herejía de Mahoma (BELLOC, op. cit., págs. 61 y ss.). Cabe c. por ej. Albert Hourani, “La Historia de los

árabes”, ed. parc. en http://books.google.com.ar/books?id=7mUoXfjCv1QC&pg=PA222&lpg=PA222&dq=Si+luz+divina+irradia+hacia+el+alma,+y+si+%C3%A9st+a+por+sus+propios+esfuerzos+&source=web&ots=LqaxKFI0Ut&sig=6ieMLe_50d9r75KZho4vvpFBAVs&hl=es#PPA7 (2-7-2010); BOUSQUET, George Henri, “El derecho musulmán y sus caracteres generales”, en “Jus. Revista de Derecho y Ciencias Sociales”, México D.F., N° 116, págs. 169 y ss.; TOURNAUW, Nicolás de, “Le droit musulman exposé d’après les sources”, trad. Eschbach, Cotillon, París, 1860; MILLOT, Louis, “Introduction à l’étude du droit musulman”, París, Sirey, 1953; ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981; TORELLO, José Rafael, “Fuentes del derecho musulmán”, en “Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales”, vol. 6, págs. 717 y ss.; LOPEZ ORTIZ, José P., “Derecho Musulmán”, Barcelona - Bs. As., Labor, 1932. Es posible v. nuestros artículos “Reflexiones comparativas del Derecho Occidental y el Derecho musulmán”, en “Investigación...” cit., N° 6, págs. 97 y ss.; “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., N° 30, págs. 95 y ss., <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/iyd/article/viewFile/797/598> (2-7-2010). Cabe c. MALHELM, Constantino, “Las leyes del Islam”, Bs. As., 1926; también “Guía del español que comprende el camino del conocimiento de la escuela malekita. Derecho Musulmán”, 2ª ed., corregida y aumentada por Don Manuel del Nido y Torres, Tetuán, Hispano-Africana, 1927; HOURDAS, O. y MARTEL, F., “Traité de Droit Musulman. La Tohfat d’Ebn Acem”, Argelia, Gavault Saint-Lager, 1882; JUYNBOLL, Th. W., “Manuale di Diritto Musulmano”, trad. Giovanni Baviera, Milán,

En cuanto a las perspectivas de la *reproducción*, ahora nos aproximamos a los relatos milenarios de las mitologías y las religiones, donde los dioses tenían hijos de su propia inteligencia y los hijos eran o son frutos del espíritu. Nos acercamos, sin muchas posibilidades de delimitación, a los relatos de la “ciencia ficción”²³. Casi siempre lo que

Francesco Vallardi, 1916. Acerca de la interpretación conflictiva del papel de San Pablo en el cristianismo y el Islam, pueden v. por ej., PRAT, F., “Enciclopedia Católica, San Pablo”, trad. J. Moreno-Dávila, <http://www.encyclopediacatolica.com/s/sanpablo.htm#16> (2-7-2010); El engaño histórico del sacrificio, <http://www.centroislamico.org.ec/d23.htm> (2-7-2010).

En cuanto a quienes sostienen la incompatibilidad del Islam con Occidente puede v. por ej. Magdi Cristiano Allam habla de su conversión al cristianismo, “El Corán, la obra y las palabras de Mahoma, son incompatibles con los valores de Occidente”, en Libertad Digital.es, Noticias y opinión en la Red, <http://www.libertaddigital.com/index.php?action=desanoti&cpn=1276326847> (2-7-2010). Cabe c. ÁLVAREZ DE LARA, Rosa María (coord.), “Panorama internacional de Derecho de Familia. Culturas y sistemas jurídicos comparados”, I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2287> (29-6-2010); t. II, <http://www.mediafire.com/?myjzwyjd1dw> (29-6-2010).

- 23 MICHEL SANDOVAL, Bertha, “Una puerta al universo: la ciencia ficción como agente para la divulgación científica”, en “Congreso Iberoamericano de Ciencia, Tecnología, Sociedad e Innovación CTS+”, <http://www.oei.es/memoriasctsi/mesa5/m05p08.pdf> (11-6-2010).

los seres humanos imaginamos concluimos haciéndolo realidad. Hoy se hace muy notorio²⁴.

Según su estructura actual, Occidente no tiene motivos para no admitir los matrimonios homosexuales, las prácticas reproductivas altamente tecnificadas, la ingeniería genética o la contractualización del patrimonio familiar. Sin embargo, los actuales senderos familiares occidentales acentúan la brecha entre las concepciones occidentales y las musulmanas.

4. En la *primera época* de la interespacialidad (interregional) desarrollada en la Edad Media, la diversidad cultural estaba expresada en el mismo título complejo del Sacro Imperio Romano Germánico, en las diferencias entre el Derecho Común Romano y Canónico y los derechos particu-

A menudo se hace incluso referencia a la llamada “tercera ley de Clarke” diciendo que cualquier tecnología suficientemente avanzada es indistinguible de la magia (Dr. Christopher Riley, “La magia de Apolo”, en BBC Mundo, http://www.bbc.co.uk/mundo/ciencia_tecnologia/2009/07/090716_especial_luna_noticia_dalia.shtml (11-6-2010).

24 En relación con el tema cabe c. por ej. SOGARI, Elena Isabel, “Los nuevos paradigmas y los derechos de familia”, en Universidad Nacional del Nordeste, Comunicaciones científicas y técnicas 2006, <http://www.unne.edu.ar/Web/cyt/cyt2006/01-Sociales/2006-S-028.pdf> (19-7-2010).

lares, de éstos entre sí (en el caso, Módena y Bolonia) y de las estructuras más feudales o capitalistas. En la *segunda época* de la interespecialidad (internacional) desenvuelta en el siglo XIX, las diversidades consistían en las diferencias religiosas católicas y protestantes, los regímenes republicanos y monárquicos y los sistemas más feudales, capitalistas o socialistas. Una de las líneas de tensión importantes fue, durante largo tiempo, la que producían la existencia o inexistencia del divorcio vincular. Hoy, pese a la globalización que tiende a disminuir las diferencias sobre todo en lo contractual, parece que las diversidades se producen por las nuevas perspectivas familiares que hemos referido.

5. En relación con la teoría de las *respuestas jurídicas*, elaborada con alcance general en base a la problemática del Derecho Internacional Privado, cabe señalar que la familia tradicional se encuentra en condiciones de “*minusmodelación*” fáctica y conceptual²⁵. En cuanto a las vinculaciones de

25 “Reducción” de la respuesta. Es posible v. nuestra investigación “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., N° 37, 2004, págs. 85/140; también en Cartapacio, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/mundojuridico/article/view/959/793-10-7-2010->).

pareja hay “plusmodelación” de las relaciones diversas del matrimonio tradicional y de cierto modo también del modelo contractual²⁶. También hay plusmodelación de las vías reproductivas.

II. Líneas principales para la comprensión de la familia internacional

1. La concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado clásica

6. Para una mejor comprensión de la problemática internacional es siempre esclarecedor referirse a la *concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado*, fundada por Werner Goldschmidt, que ha recibido actualizaciones recientes²⁷. Esta teoría sistematiza los problemas

26 “Expansión” de las respuestas.

27 Pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico”, 10^a ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti y colaboradores, Bs. As.-Bogotá-México-Santiago, Abeledo-Perrot, 2009; CIURO

generales del Derecho Internacional Privado a través de la estructura de la norma. Conforme a ella, cabe diferenciar, en relación con toda la norma, menos el orden público, el problema de las *calificaciones*, en cuanto a las características positivas del antecedente, la *cuestión previa*, en relación con las características negativas del antecedente, el *fraude a la ley*, en vinculación con las características positivas de la consecuencia jurídica los problemas de los *puntos de conexión*, el *reenvío* y la *simultaneidad y sucesividad* en el Derecho declarado aplicable y respecto de la característica negativa de la consecuencia jurídica el *orden público*²⁸.

CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado (Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, Filosofía de la doble adjudicación como problema jurídico general y en especial en el marco jusprivatista internacional, Filosofía del concurso internacional)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

28 En cuanto a la historia del Derecho Internacional Privado, cabe v. asimismo nuestras “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; también “Aportes a la Historia, el Sistema y la Filosofía del Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro...” cit., N° 30, págs. 17 y ss. (también Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/revcen/RevCent304.pdf-10-7-2010->); GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Bs. As., EJEA, t.

7. Toda la problemática tradicional del Derecho Internacional Privado se conmueve en la familia internacional de nuestros días. En este campo las soluciones pueden ser muy diversas de las que

I, 1952, págs. 143 y ss.; ROMERO DEL PRADO, Víctor N., “Derecho Internacional Privado”, Córdoba, Assandri, t. I, 1961, págs. 375 y ss.; VALLADAO, Haroldo, “Direito Internacional Privado”, 4ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, t. I, 1974, págs. 96 y ss.; FRANCESCAKIS, Francescakis, “Droit International Privé Comparé”, en FRANCESCAKIS, Ph. (dir.), “Répertoire de Droit International”, París, Dalloz, t. I, 1968, págs. 674 y ss.; JAYME, Erik, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 282, 2000, págs. 9 y ss.; “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, en “Recueil des Cours” cit., 251, 1995, págs. 9 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Las grandes líneas de tensión del Derecho Internacional Privado”, en “Estudios en homenaje a la doctora Berta Kaller de Orchansky”, Córdoba, Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, 2004, págs. 55 y ss.; “Nuevas reflexiones sobre las bases y la evolución del Derecho Internacional Privado, con especial referencia al Derecho Internacional Privado argentino”, en “Investigación...”, N° 37, págs. 49/54; “Reflexiones de Derecho de la Cultura, Derecho Universal y Derecho Internacional Privado en relación con la guerra de Irak”, en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 55/64. Es posible c. FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (coord.), “Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”, Bs. As., Zavalía, 2003.

refleja la relativa uniformación que se va produciendo en el marco más específicamente patrimonial.

Es posible que las diversidades en lo familiar personal intensifiquen el empleo del *método indirecto*, pero también que la gravedad de ellas acentúe el *método directo* en el orden público a priori. También cabe suponer que al fin el método indirecto del ámbito familiar derive en una uniformación constituida con el método directo²⁹.

En cuanto a las *calificaciones*, la determinación de lo que se entiende por matrimonio y filiación está en honda crisis. Es más, la disciplina sexual y social pretendida en diversos períodos del judeocristianismo se nutrió de la sujeción de la filiación a categorizaciones que la sometían a calificaciones religiosas, de parentesco y matrimoniales (hijos sacrílegos, incestuosos y adulterinos) pero hoy la filiación ha adquirido clara autonomía. La familia judeocristiana fue un factor de disciplina social y de concentración de energía, pero al fin viene resultando en conflicto con los despliegues laicos y con los sentidos patrimoniales crecientemente predominantes en Occidente.

Respecto de las características positivas de los *antecedentes* habrá que decidir cuáles serán las soluciones que se brinden a la *cuestión previa*, relacionada con la consistencia del sistema o la

29 Tal vez la historia se exprese siempre en una relativa “dialéctica” entre lo particular y lo común.

referencia a sus partes, con las dificultades de compatibilización respectivas. En cuanto a las características negativas del antecedente, será necesario atender al *fraude a la ley* advirtiendo que, pese al avance general de la autonomía de la voluntad, la diversidad de soluciones que se establezcan en los países, sobre todo en cuestiones personales, hará que el fraude se incremente.

En el ámbito de las características positivas de la *consecuencia jurídica*, en lo patrimonial avanzarán los *puntos de conexión* conductistas, encabezados por la autonomía conflictual, pero en las relaciones personales, sobre todo matrimoniales, las grandes novedades pueden incrementar el despliegue de los puntos de conexión personales (v. gr. el domicilio), al menos en los países menos innovadores. Es posible que la inestabilidad familiar en el espacio incremente los problemas de *cambio de estatutos* (“conflicto móvil”). Las tensiones suscitadas por la diversidad pueden hacer más difícil el empleo del *reenvío*, al menos si no está orientado materialmente³⁰. Cabe suponer que se harán dificultosas las respuestas a la sucesividad y

30 En cuanto al problema del reenvío en general, es posible c. SOTO, Alfredo Mario, “Derecho Internacional Privado. La importación del Derecho extranjero”, Bs. As. - Madrid, Ciudad Argentina-USAL, 2001.

simultaneidad en el derecho *declarado aplicable*³¹.

Respecto de las características negativas de la consecuencia, cabe esperar que, al producirse diferencias muy intensas en lo personal, sobre todo matrimonial, avancen las consideraciones de *orden público*. Por el contrario, en lo patrimonial es posible que éste retroceda.

Como suele indicar la lógica de la realidad social, quizás en lo personal primero se incrementa el orden público³² y luego avancen los problemas del fraude a la ley, es decir, primero se protejan los contenidos del Derecho propio y luego se resguarde la estructura de la comunidad internacional. En la medida que se produzcan semejanzas ambos problemas perderán intensidad.

2. La teoría trialista del mundo jurídico

A) Parte General

8. Para una mejor comprensión de todo fenómeno jurídico es importante aprovechar la propuesta del integrativismo tridimensionalista de la

31 La complejidad problemática hace difícil encontrar el Derecho aplicable GOLDSTEIN, Gérald, “La cohabitation hors mariage en droit international privé”, en “Recueil des Cours” cit., t. 320, págs. 9 y ss.

32 Primero “a priori” y luego “a posteriori”.

teoría trialista del mundo jurídico. Según esta propuesta en una versión actual, el mundo jurídico debe ser construido incluyendo repartos de potencia e impotencia, es decir, de lo que favorece o perjudica a nuestra vida (*dimensión sociológica*), captados por normatividades (*dimensión normológica*) y valorados por un conjunto de valores que culmina en la justicia (*dimensión dikelógica*)³³.

La comprensión de la familia internacional de hoy requiere con gran intensidad un *modelo complejo*³⁴ de construcción del mundo jurídico y de

33 Cabe c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “La conjetura...” cit.

34 La asunción de la complejidad es uno de los mayores desafíos de nuestro tiempo (pueden v. por ej. BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro –comp.–, “La sfida della complessità”, trad. Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997; GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit., págs. XVII y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss. En general en relación con el pensamiento complejo muy difundido en nuestros días, con el que el trialismo tiene cierta afinidad, es posible v. MORIN, Edgar, “Introducción al pensamiento complejo”, trad. Marcelo Pakman, 7ª reimp., Barcelona, Gedisa, 2004; Pensamiento Complejo, <http://www.pensamientocomplejo.com.ar/lin>

su proyección al resto de la cultura; necesita los amplios planteos del *trialismo* y de la *interdisciplinariedad*.

a) *Dimensión sociológica*

9. En cuanto a la dimensión sociológica del mundo jurídico, la familia internacional actual vive en un complejo muy nuevo de distribuciones por *influencias humanas difusas* de la economía y la cultura en general que hace también muy compleja la posibilidad de conducción. En la nueva era, pese a las actuales apariencias de libertad, las personas vivimos de cierta manera “prisioneras” de influencias humanas difusas. Sin desconocer lo que pueda atribuirse a la naturaleza, en el nuevo tiempo somos

koteca.asp (19-7-2010); Red Morinista <http://www.edgar-morin.com/Default.aspx?tabid=90> (19-7-2010); Títulos del campus virtual de CLACSO, La revolución contemporánea del saber y la complejidad social: Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo, Pedro Luis Sotolongo Codina y Carlos Jesús Delgado Díaz, Textos completos, La revolución contemporánea del saber y la complejidad social: Hacia unas ciencias sociales de nuevo tipo, Pedro Luis Sotolongo Codina y Carlos Jesús Delgado Díaz Colaboran: Marisa Andrea Bolaña, Julio Eduardo Peña Gill, María del Rocío Rosales Ortega, Alvaro Díaz Gómez y José Antonio Mazzela , <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/campus/soto/soto.html> (10-7-2010).

lo que el avance de la economía y la decadencia de la religión nos hacen ser.

Las adjudicaciones producidas por los *repartos* generados por la conducta de seres humanos determinables, denominadas repartos, se comprenden mejor cuando se hace referencia a repartidores (conductores), beneficiarios, objetos, formas y razones. Pese a la importante consideración de grupos interesados grandes (v. gr. los interesados homosexuales), parece que la concepción de los alcances de los repartos familiares se va limitando; la proyección de la familia se va haciendo menor.

Los repartos en general pueden ser *autoritarios*, realizados mediante imposición, o *autónomos*, desenvueltos por acuerdo. Los repartos autoritarios satisfacen el valor poder y los autónomos realizan el valor cooperación. En la nueva era hay una tendencia general a la autonomización de los repartos, también en el espacio familiar internacional. No obstante, el rechazo de las innovaciones puede acentuar fenómenos autoritarios.

Los repartos pueden *ordenarse según planes de gobierno* que indican quiénes son los supremos repartidores (supremos conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (supremos criterios de conducción). También conforme a la *ejemplaridad* que se desenvuelve según el seguimiento de repartos considerados razonables. Cuando los planes de gobierno están en marcha realizan el valor previsibilidad; la ejemplaridad satisface el valor solidaridad.

En el espacio de la ejemplaridad se desenvuelven, por ejemplo, la costumbre y la jurisprudencia. Un orden de repartos es un “régimen” y satisface el valor orden.

Pese a importantes resistencias, las nuevas soluciones familiares van logrando ejemplaridad que las difunde en el panorama internacional. En la adopción del matrimonio homosexual en la Argentina se tuvieron en cuenta antecedentes internacionales, y entendemos que al fin ha influido positivamente el anterior establecimiento en España y otros países³⁵. La reiteración de fenómenos en este sentido puede hallar seguimiento en otros países y, quizás, al menos limitar en ellos el orden público opuesto al vínculo.

Las vicisitudes del orden de repartos pueden producirse por cambios de los supremos repartidores y los supremos criterios de reparto, denominadas revoluciones; por variaciones sólo de los supremos criterios de reparto, llamadas evoluciones y por modificaciones que afectan únicamente a los supremos repartidores, denominadas “golpes” (históricamente golpes de Estado). El tiempo actual vive una gran *revolución* familiar, también en el espacio internacional.

35 Es posible c. Honorable Senado de la Nación, Sesiones, 14/07/2010, <http://www.senado.gov.ar/web/taqui/cuerpo1.php> (16-7-2010).

En el desorden de los repartos, denominado *anarquía*, no se sabe quiénes son los supremos repartidores ni cuáles son los supremos criterios de reparto. En la *anarquía* se presenta el “disvalor” arbitrariedad. La nueva era se expresa en cierta “*anarquía*” y cierta “*arbitrariedad*”, también en el espacio de la familia internacional.

Los repartos pueden encontrar *límites necesarios*, surgidos de la naturaleza de las cosas. Parece que la familia tradicional va encontrando límites sobre todo psíquicos y económicos que, en cambio, movilizan la adopción de las nuevas respuestas³⁶.

b) Dimensión normológica

10. En la dimensión normológica del mundo jurídico la familia en general, en lo internacional y lo interno va cambiando sus *fuentes*, de modo que las constituciones formales, los tratados y las

36 La “*pantomía*” de la posibilidad y la finalidad “*objetiva*” que “*encontramos*” en los acontecimientos, referidas a la totalidad inabarcable de sus manifestaciones y necesitadas de fraccionamientos productores de certeza (pan=todo; nomos=ley que gobierna) se muestra ahora más ante su enorme plenitud (cabe ampliar en nuestras “*Bases categoriales de la estática y la dinámica jurídico-sociales*”, Rosario, Instituto Jurídico Filosófico, Universidad Nacional del Litoral, 1967 –reimpresión en “*Revista del Centro...*” cit., N° 28, págs. 105/112–).

sentencias internacionales avanzan sobre las fuentes internas tradicionales, principalmente las leyes. Sobre todo las modificaciones familiares en lo personal son referidas a derechos humanos de igualdad y no discriminación y de personalización de todos los individuos. El reciente debate argentino sobre los matrimonios homosexuales —ya referido— es una muestra de esto.

En el terreno *conceptual*, la familia, interna e internacional, es en gran medida parte de un gran movimiento de cambio de los conceptos familiares tradicionales, que son a veces inmemoriales. Como los conceptos pueden ser más *institucionales* o *negociales*, según estén más o menos cargados de ideología y sean menos o más disponibles para las partes, cabe señalar que en la familia, también en el espacio internacional, hay un proceso de negociación conceptual.

En el *ordenamiento normativo*, la familia internacional forma un *subordenamiento complejo* en el que confluyen despliegues familiares e internacionales con las tensiones que esto significa, por ejemplo, para el *funcionamiento normativo*, principalmente en la *generación e integración* de las *lagunas*.

Las lagunas normativas suelen producirse históricamente por novedades científico-técnicas o por novedades jurídicas, en las que los casos no fueron contemplados por ser nuevos. Los cambios valorativos suelen presentar carencias dialógicas,

cuando hay soluciones pero se las rechaza por ser injustas. Como ejemplo de las primeras cabe referir la reproducción asistida, la clonación, la ingeniería genética, etc.; como muestra de las segundas, los problemas que suscitará en gran parte del ordenamiento, también en lo internacional, la introducción del matrimonio homosexual. Un ejemplo de carencia dikelógica es la introducción del matrimonio homosexual, que en ciertos casos fue jurisprudencial.

En la nueva era la integración de las lagunas con elementos del propio ordenamiento (“auto-integración”) suele resultar insatisfactoria, de modo que se hace necesario el empleo de elementos ajenos (consideraciones de justicia material, “hetero-integración”). En el funcionamiento de las normas es a menudo necesario un importante ejercicio de ponderación de diversos *principios*³⁷. El recurso a la heterointegración y la tarea de ponderación es muy importante en las cuestiones de la familia internacional.

El método sintético judicial, expresión de la tarea de *síntesis* en el funcionamiento normativo, puede incrementar su relieve, por ejemplo, en las familias ensambladas.

37 Es posible v. por ej. ALEXY, Robert, “El concepto y la validez del Derecho”, trad. Jorge M. Seña, 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1997, págs. 161 y ss.

c) Dimensión dikelógica

11. En la construcción de la dimensión dikelógica del mundo jurídico, la familia en general y también en su despliegue internacional plantea a veces conflictivas relaciones del valor que consideramos superior, la *justicia*, con el valor *amor*, en lo personal, y el valor *utilidad* en lo patrimonial.

Entre las numerosas *clasificaciones* posibles de la justicia, es decir los múltiples caminos para pensarla, cabe hacer referencia a la justicia “parcial” (proveniente de una parte) y gubernamental (proveniente del todo), sectorial (dirigida a una parte) e integral (dirigida al todo) y particular (referida a los individuos) y general (referida al complejo social). La familia de hoy vive, en lo interno y lo internacional, el avance de la justicia parcial, sectorial y particular, incluso en el campo personal. Como la justicia particular es más afín al Derecho Privado y la justicia general se relaciona más con el Derecho Público, cabe decir que hay un proceso de *privatización* de la familia.

La justicia es pensada en el Derecho con referencia a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras, en relación con complejos en lo personal, temporal y real y en atención a las consecuencias. Esto se denomina “*pantomía*” de la justicia (pan=todo; nomos=ley que gobierna). Como tal pantomía nos es inalcanzable, porque no somos omniscientes ni omnipotentes, nos vemos

en la necesidad de fraccionarla cuando no podemos saber o hacer más, produciendo *seguridad jurídica*. En nuestros días, la familia interna e internacional es ámbito de formidables cambios en los recortes de justicia, sobre todo en los despliegues personales. Hay desfraccionamientos del complejo personal, por ejemplo, porque se casan más personas, incluyendo homosexuales; desfraccionamientos del complejo temporal, v. gr. por el divorcio que atiende a las mutaciones de las parejas, y desfraccionamientos del complejo real, por ejemplo por la introducción de más vías de reproducción. También hay desfraccionamientos de las consecuencias, porque se apunta sólo a los miembros de la pareja o a los hijos y no se las extiende al resto de la comunidad. Los desfraccionamientos generan importantes casos de *inseguridad jurídica*. Es posible afirmar que la familia internacional se desenvuelve en una no descartable inseguridad³⁸.

38 En gran medida es un tiempo de inseguridad, tal vez incluso de riesgo (puede v., por ej., acerca de las posiciones de Ulrich Beck respecto de la sociedad del riesgo y el caos del amor, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Humanidades y Ciencias, Principales Escuelas Sociológicas Contemporáneas (Parte I), http://www.fhuc.unl.edu.ar/ensenanza/programas_2007/SOCIOLOGIA/princ_esc_sociologicas_contemp.pdf -23-8-2010-; DIAS VARELLA, Marcelo -org.-, “Derecho, sociedad y riesgos: la sociedad contemporánea vista a través de la idea de riesgo”, Brasilia, UniCEUB, UNITAR, 2007; en

Si se adopta el *principio supremo* de justicia propuesto por el utilitarismo de adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para que se desarrolle plenamente, es decir, para que se personalice, puede considerarse en esos términos la justicia de los *repartos* aislados y del *régimen*.

Refiriéndonos por ejemplo a la justicia de los *repartidores*, surge la legitimidad por el acuerdo integral de los interesados en la autonomía; por el acuerdo de los interesados en cuanto a la función de quienes reparten, en la paraautonomía; por el acuerdo de los interesados en mayoría, en la infraautonomía y por el acuerdo que brindarían los interesados si conocieran lo que se reparte, en la criptoautonomía. La superioridad moral, científica y técnica constituye legitimidad aristocrática. La familia actual, en lo interno y lo internacional, vive avances de la legitimidad *autónoma* y sus derivadas respecto del espacio asignado tradicionalmente a la *aristocracia*. Incluso la referencia democrática cede ante la autonomía de los interesados, según se invoca en la admisión sin consulta popular del matrimonio homosexual.

Un *régimen* justo ha de ser *humanista*, es decir ha de tomar a cada individuo como un fin y no

el horizonte cabe c. v. gr. PRIGOGINE, Ilya, “El Fin de las Certidumbres”, trad. Pierre Jacomet, 5ª ed., Barcelona - Bs. As. - México D.F. - Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997).

como un medio, caso éste en que sería totalitario. El humanismo es preferentemente *abstencionista*, pero excepcionalmente puede ser *intervencionista* (paternalista). Para que el humanismo se realice, hay que atender a la *unicidad*, la *igualdad* y la participación en la *comunidad* de todos los hombres. La unicidad se relaciona de manera especial con el liberalismo político, la igualdad se vincula fuertemente con la democracia y la comunidad se relaciona de modo intenso con la “res publica”. La familia actual, interna e internacional, es crecientemente humanista abstencionista. Con frecuencia sus soluciones se remiten a la igualdad, incluso cuando podrían fundarse también en la unicidad, como suele ocurrir en la admisión del matrimonio homosexual.

Dados sus grandes problemas y diversidades, la familia internacional actual requiere de cierto modo fuertes despliegues de la *tolerancia* al elemento extranjero que Werner Goldschmidt consideró rasgo específico del Derecho Internacional Privado, aunque desde nuestro punto de vista más que de la tolerancia correspondería hablar de su *respeto*.

B) Parte Especial

12. Las nuevas perspectivas de la familia internacional vienen requiriendo a menudo que, sobre todo para evitar muy difíciles problemas de *califica-*

ciones, las normas tengan *antecedentes nuevos*.

La correspondencia por afinidad se presenta cuando el carácter personal, conductista o real y la profundidad de los problemas captados en los antecedentes tienen su equivalente directo en la consecuencia jurídica, en nuestra materia principalmente en los puntos de conexión. Se exhibe, por ejemplo, si se considera que el poder (o servicio) paterno es una cuestión personal profunda y se emplea un punto de conexión personal profundo, como el domicilio. La atracción se presentaba, v. gr., cuando una cuestión que se consideraba personal profunda, como la validez intrínseca del matrimonio, era resuelta, por influencia de la necesidad de que hubiera hijos matrimoniales, de manera conductista, según la ley del lugar de celebración. Hoy, en cambio, es posible que la autonomía relativa de la ley del lugar de celebración se sustente por afinidad si se considera que el matrimonio es una cuestión conductista.

En este tiempo de grandes cambios en los sentidos de los antecedentes de la familia internacional habrá grandes variaciones en la constitución de los antecedentes y en la selección de los puntos de conexión por afinidad o atracción.

13. Para una mejor apreciación de la correspondencia por afinidad en cuanto a antecedentes y puntos de conexión es relevante considerar, desde

enfoques trialistas, que los *puntos de conexión* conductistas “autonomía de la voluntad” y lugar de celebración son más afines a la autonomía de los repartos, la ejemplaridad, la negocialidad, la utilidad, el abstencionismo y la protección contra el régimen, y los puntos de conexión personales y reales se relacionan más con los repartos autoritarios, la planificación, la institucionalidad, la justicia, el intervencionismo y el amparo respecto de los demás individuos y “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). En alguna medida los puntos de conexión personales atienden más a los repartos aislados y los reales se refieren más al régimen.

No obstante la contractualización antes referida creemos que, en cuanto a establecimiento de puntos de conexión en general, por un tiempo considerable la mayoría de las cuestiones familiares³⁹ seguirá siendo considerada *personal profunda*. Así, entendemos que en las nuevas perspectivas tendrán ese carácter las uniones “de hecho”; las familias ensambladas; las familias monoparentales; la unión civil y el matrimonio homosexual; la sustitución del poder de los padres (*patria potestad*) por el establecimiento del servicio paterno; la especial vulnerabilidad de los ancianos; la mayor conciencia de la violencia familiar y las posibilidades de mediación. Sin embargo, en el marco novedoso la creciente autonomía de los hijos, las relaciones en cuanto a

39 Obviamente sobre todo las del ámbito familiar personal.

bienes e incluso la reproducción asistida, las técnicas de clonación y la ingeniería genética podrían tener más orientación conductista (aunque tal vez ésta posea la “profundidad” del lugar de cumplimiento).

III. Conclusión

14. Nos referimos a una era especialmente *crítica*, también en cuanto se trata de familia internacional. Muchas son las *preguntas* que corresponde hacerse al respecto. La familia internacional es uno de los espacios más *complejos* de la juridicidad de la nueva época, al cual hay que atender con alta claridad de desarrollo pero en “complejidad pura”.

La *concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado* y la *teoría trialista del mundo jurídico* pueden contribuir al mejor planteo de las preguntas y a lograr avances en las respuestas.

