EL DERECHO COMPARADO Y SU RELACION CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. Aunque la tarea comparativa es posibilidad y realidad común de toda nuestra vida, el desarrollo del Derecho Comparado tiene ciertos requisitos que se dan principalmente en determinadas **circunstancias históricas**, como las que han venido produciéndose a partir de fines de la Edad Moderna y especialmente en la Edad Contemporánea. Para que haya firme vocación por el Derecho Comparado es necesario que existan diversas unidades jurídicas llamadas a la comparación e interés de una por conocer el Derecho de otra. Se trata, en última instancia, de la posibilidad de reconocer ciertos rasgos comunes y diferentes de dichas unidades.

El impulso con miras al Derecho Comparado suele provenir del deseo de comprender a los otros, para afirmarnos en nuestra propia particularidad o para recibir su modelo, pero en definitiva ha de surgir de la necesidad de convivir con los demás en una “complejidad pura”, en la que nos diferenciamos y nos integramos. Así se advierte que el Derecho Comparado no puede progresar cuando se piensa en un Derecho Común que desjerarquiza las particularidades o en un Derecho particular que nada tiene en común con los demás.

2. El interés por el Derecho Comparado está en estrecha relación con el **estilo filosófico** que se desarrolle. Una posición racionalista, del tipo que suele tener el jusnaturalismo apriorista, tiende a presentar al Derecho Comparado como innecesario, ya que el Derecho Natural concebido como universal y eterno es el paradigma que en definitiva resulta significativo, y las particularidades se dividen según sean concordantes con él y por tanto legítimas pero de escasa trascendencia propia, o discrepantes con él y por tanto ilegítimas y eliminables. El historicismo radical es hostil al Derecho Comparado pues en él el Derecho ha de resultar del espíritu del propio pueblo y es poco lo que pueden interesar los otros Derechos. Sólo cuando se equilibra la vocación racional e histórica —como sucede en la “teoría trialista del mundo jurídico”— el Derecho Comparado encuentra marco francamente propicio. A través del reconocimiento trialista de las tres dimensiones jurídicas, y sobre todo de su comprensión del carácter a la vez único, igual y comunitario de todos los seres humanos, resulta más plenamente posible el interés por el Derecho Comparado.

3. Según sucede en todas las perspectivas cósmicas y en todas las perspectivas jurídicas, el Derecho Comparado posee **relaciones** con los demás enfoques del cosmos y del Derecho. Entre las perspectivas jurídicas que se relacionan de manera especialmente significativa con el Derecho Comparado, se encuentran la Filosofía del Derecho y la Histo-

(*) Ideas básicas de una disertación en el curso de “Elementos de Derecho Comparado” del Doctorado en Derecho Internacional Privado de la Universidad Notarial Argentina que se dicta en Córdoba.

(**) Investigador del CONICET.

ria del Derecho, el Derecho Nacional, el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado y el Derecho Universal.

La **Filosofía del Derecho** puede ampliar su comprensión de lo jurídico reconociendo la existencia de Derechos de estilos diferentes, por ejemplo, uno más "positivo" y "humano" y más "económico", como el Derecho Occidental actual, y otros más religiosos, como el Derecho musulmán. A través del Derecho Comparado, la **Historia del Derecho** evita correr el riesgo de caer en la esclerosis en la comprensión de los procesos históricos, advirtiendo que no siempre se repiten los mismos cauces. La diversidad de posibilidades históricas se aprecia mejor al hilo del reconocimiento de los diferentes procesos históricos ocurridos en los distintos marcos espaciales. A su vez, al hilo de unos procesos se observan también mejor los condicionamientos históricos de los otros. El Derecho Comparado y la Historia del Derecho comparten en diferentes grados una vocación básica por la particularidad, y aunque en la Historia esta referencia es mayor, en definitiva historia es también de cierto modo comparar.

El Derecho Comparado es altamente enriquecedor para el **Derecho Nacional** por las posibilidades de reconocer y decidir la propia originalidad y la recepción de modelos extranjeros (1). Con referencia al **Derecho Internacional Público**, el Derecho Comparado nos revela la realidad última de las unidades relacionadas y posee amplia significación para la comprensión entre los Estados. Para el **Derecho Internacional Privado**, materia de nuestro especial interés, el Derecho Comparado constituye en gran medida la base y el marco de su desarrollo. Según el esclarecedor decir de Werner Goldschmidt, el Derecho Internacional Privado es, sociológicamente considerado, un conjunto de casos justiciables con elementos extranjeros y sus soluciones, que —en el meollo del complejo de la materia— deben resolverse en el sentido de la extraterritorialidad ("limitada") del Derecho con el cual se vinculan (2). El reconocimiento de la "extranjería" del caso y sobre todo de su "distancia" cultural mayor o menor con nuestro Derecho depende del Derecho Comparado; la solución ha de ser más necesariamente de extraterritorialidad (método del "conflicto de leyes", núcleo de la materia) o de otro tipo (v. gr. Derecho Unificado o Uniforme), según la distancia reconocida por el Derecho Comparado. En su dimensión normológica el Derecho Internacional Privado en sentido estricto, se constituye a través del empleo de los métodos indirecto, analítico-analógico y sintético-judi-

- (1) Es posible v. CIURO CALDANI Miguel Angel, "Originalidad y recepción en el derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", No 9, págs. 33 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, págs. 3 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978, esp. págs. 5 y ss. Cabe diferenciar respuestas **territorialistas** (extremas - Derecho Privado común y "leyes de aplicación inmediata— o mitigadas -Derecho de Extranjería y Derecho Uniforme o Unificado e incluso Derecho "ad hoc" para los casos en que ha intervenido el orden público "a posteriori"—); **extraterritorialistas** (limitadas -aplicación del Derecho extranjero para los casos internacionales- o ilimitadas -recepción del Derecho extranjero, para los casos nacionales-) y no **territorializadas** ("autonomía universal").

cial. El método indirecto es reflejo de la extraterritorialidad de las soluciones, el método analítico-analógico (o quizás, mejor, analítico-privatista) ha de desenvolverse para dar cauce a todas las categorías posibles del Derecho Comparado y la síntesis judicial es factible si se captan en profundidad los significados de los diferentes Derechos aplicables a través del Derecho Comparado. El espíritu de respeto al elemento extranjero, que por ser diferente de nosotros resulta débil, sólo es posible al hilo de la comprensión profunda del carácter misterioso de los demás, que surge del Derecho Comparado.

Se ha pretendido que el problema de las calificaciones se resuelva en base al Derecho Comparado (Rabel) y es evidente que la información acerca del Derecho extranjero que resulta aplicable, tomando en cuenta inclusive la alta complejidad de datos requeridos cuando nos remitimos a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero ("teoría del uso jurídico" o, mejor, al equivalente de dicha sentencia, surgido de la sentencia que dictaría el juez extranjero frente a nuestro caso, de relativo arraigo nacional), ha de obtenerse a través del Derecho Comparado. Es al hilo del Derecho Comparado que ha de reconocerse el grado de incompatibilidad del Derecho extranjero con el nuestro, que llega al orden público.

Sólo a través del estudio del Derecho Comparado se logra comprender en profundidad el sentido vital del Derecho Internacional Privado que, de lo contrario, queda reducido a un ejercicio abstracto.

El Derecho Comparado es una pieza fundamental de la comprensión debida del **Derecho Universal** (3), entendiendo por éste la complejidad pura de todo el Derecho en su despliegue espacial, con las influencias recíprocas, notorias o no, que existen entre sus partes.

4. El Derecho Comparado significa una vía muy importante para la comprensión de la pluralidad de razones de la **justicia "dialogal"** y de las semejanzas y diferencias necesarias para el desarrollo de la **justicia "distributiva"** ("relativa") (4). Es, a semejanza del Derecho Internacional Privado, una verdadera escuela de **tolerancia**. Asimismo, los diferentes paradigmas que podemos recibir de los demás a través del Derecho Comparado son **perspectivas abiertas** para el despliegue de nuestra personalidad, sea por su aceptación o rechazo (5). El Derecho Comparado es senda para el desarrollo del **humanismo integral**, enriquecido en la expansión del fenómeno humano.

5. Como es posible comparar desde cada punto del universo, esto también ocurre respecto del Derecho. De aquí que se hayan desenvuelto dentro del Derecho Comparado diferentes tendencias, v.gr. de referencia **legislativa**, **doctrinaria** o **jurisprudencial** (6). Pese a las desviaciones particularistas y globalizantes de la comparación, ésta ha de en-

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

(4) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", t. II, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, págs. 40 y ss.

(5) Es posible c. nuestro artículo "El valor de los demás" en "La Capital", 25 de febrero de 1979.

(6) V. CORNIL, Georges, "La complejidad de las fuentes del Derecho Comparado", en SUJIYA-YAMA, Naojiro y otros, "Concepto y métodos del Derecho Comparado", trad. Joaquín Rodríguez y Rodríguez, México, Compañía General Editora, 1941, págs. 103 y ss.

cararse equilibrando, según las necesidades de la comprensión de cada caso, perspectivas **particulares** y **generales** en una integración última de complejidad pura. Para una mejor comparación se han de encontrar **denominadores comunes** respecto de los cuales cobran más claros significados las particularidades de los elementos comparados y se han de reconocer, asimismo, **denominadores particulares** en relación con los cuales adquieren significados más nítidos las generalidades de las áreas de referencia.

Al efecto, la comparación ha de profundizar en definitiva hasta los resultados vitales últimos, reconociendo que por vías aparentemente semejantes pueden producirse resultados finales diferentes y que, a la inversa, por caminos aparentemente diferentes pueden generarse resultados últimos semejantes. Para ello es especialmente importante el arsenal conceptual de la teoría **trialista** del mundo jurídico y de sus proyecciones políticas y filosóficas generales (7).

6. Al hilo de la comparación cabe reconocer afinidades y diferencias relativas que permiten identificar "**familias**" jurídicas distintas, sin que estas grandes unidades legitimen ignorar las diferencias internas y las semejanzas de sus componentes más allá de sus respectivos límites. Dada la infinita complejidad de lo jurídico, también es infinita la tarea comparativa; pero la **jerarquización** de las perspectivas permite reconocer los significados más importantes (8).

(7) Puede v. 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..." cit.; "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(8) V. acerca de las grandes "familias" jurídicas DAVID, René, "Les grands systèmes de droit contemporains", 3ª. ed., Dalloz, 1969; LOSANO, Mario G., "Los grandes sistemas jurídicos", trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982. También v. MAZZARELLA, Giuseppe, "Le unità elementari dei sistemi giuridici", Messina, Principato, 1922.

Respecto del tema de la relación del Derecho Comparado y el Derecho Internacional Privado, v. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., pág. 82 (también c. "La Alonomología (o ciencia del derecho comparado)", en "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs. As., Belgrano, 1979, págs. 123 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Les apports du droit comparé au droit international privé", en "Choix d'articles", Paris, L.G.D.J., 1976, págs. 113 y ss. En cuanto al Derecho Comparado en general, y por ej. la bibliografía que surge de las notas de nuestros "Lineamientos..." cit. y la "Revue internationale de droit comparé".