

REFLEXIONES SOBRE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDARA (*)

I. JERARQUIA DE LAS FUENTES DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FUENTE INTERNA

El Derecho Internacional Privado es una rama jurídica especialmente engarzada en la doble vertiente de las fuentes originada en el Derecho Internacional Público y el Derecho Interno, haciéndose así particularmente tensa la problemática de la jerarquía de dichas fuentes y en especial significativa la cuestión del "monismo" y el "dualismo" (1). Si bien el artículo 31 de la Constitución Nacional resuelve básicamente el problema de la "aparente diversidad de hontanares", en que se engarza la cuestión de "monismo" y "dualismo", y el marco de fuentes de Derecho Internacional Público se desenvuelve según la jerarquización propia de esta materia, en el campo de las fuentes internas resulta necesario esclarecer cuáles son los alcances de los artículos 17 y 16 del Código Civil respecto del ámbito jusprivatista internacional.

El artículo 16 pertenece al punto de vista de la jerarquía de las fuentes sólo en sentido lato, dado que, de manera estricta, más que la jerarquía contempla el funcionamiento y la relación horizontal entre normas. Aunque en general la cuestión es discutible, creemos que el propio texto del artículo 16, al plantear una "cuestión civil", sienta una sólida base para excluir su intervención directa en el Derecho Internacional Privado. En cambio, la cuestión se hace particularmente difícil en relación con el artículo 17, que reza "Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente". Aquí el texto no hace discriminación, pero entendemos que las características del ordenamiento normativo argentino excluyen la intervención de tal norma en el Derecho Internacional Privado de fuente interna.

El ordenamiento normativo no es un complejo indiferenciado e impuro, sino un complejo diferenciado, que debe mantener su pureza a través de la distinción de sus diversos sectores. A diferencia del Derecho Civil, al que se refiere la codificación en que está inserta la norma del artículo 17, el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna es un complejo disperso en distintas fuentes, obviamente **no codificado** e ideológicamente **no sistematizado**, que sólo es "sistema" por la remisión de las carencias

(*) Investigador del CONICET.

(1) Es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 240 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", 5ª. ed. (con la colaboración de Paul Lagarde), Paris, L.G.D.J., t. I, 1970, págs. 19 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t. I, 1972, págs. 50 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon-BOUREL, Pierre, "Droit International Privé", Paris, Dalloz, 1978, págs. 22 y ss.

a la intervención judicial. La norma del artículo 17 del Código Civil, sobre todo en su redacción originaria, corresponde al espíritu codificador que, en modo alguno, penetró en el Derecho Internacional Privado de fuente interna.

Rechazar la costumbre, aunque ésta sea “contra legem”, en una materia de “estadio” codificado, es mucho más comprensible que en otra no codificada. Hubiese sido inconcebible que Vélez Sarsfield se negara a admitir la costumbre “*praeter legem*” en una materia en la que dejaba tantas carencias como el Derecho Internacional Privado. Además, resulta inadmisibles que ello ocurriera cuando se trataba de una rama jurídica cuyos problemas fundamentales recién comenzaban a descubrirse y no podía cerrarse legislativamente. No es por azar que en la vertiente publicista del marco internacional la costumbre ha tenido mayor acogida que en el Derecho Civil.

Creemos que en su actual redacción, debida a la ley 17.711, el artículo 17 admite no sólo la costumbre “*secundum*” y “*praeter legem*”, sino también la costumbre “*contra legem*”, pero entendemos que la cabal comprensión de la autonomía del Derecho Internacional Privado exige advertir que dicho artículo no se refiere a nuestra materia (2).

II. IMPORTANCIA DE LA REFERENCIA A LA JUSTICIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aunque no es fuente de normas, la justicia es fuente del Derecho en su despliegue dialéctico y, además, su intervención en el funcionamiento de las normas es de importancia decisiva, en el mundo jurídico en general y también en el Derecho Internacional Privado. La justicia es hilo conductor del sentido de la norma y de los casos (3), pero si no es tomada como punto de referencia directa se hace necesario hacerla penetrar indirectamente, forzando la interpretación y la aplicación de las normas. Así, por ejemplo, surge de las ideas de Kelsen cuando señala (prescindiendo también de la realidad social) la existencia de un “marco abierto a varias posibilidades” dentro del cual el órgano encargado de la aplicación escoge la que le parece más apropiada (4).

En Derecho Internacional Privado, la hipertrofia positivista que omite la referencia a la justicia conduce a equiparar los tres contenidos que presenta la llamada concepción tripartita contemporánea del objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado (5), pasando por alto incluso la gran diferencia existente entre las reglas de conflicto y las llamadas leyes de aplicación inmediata, por sus respectivos caracteres privatista y publi-

(2) Cabe tener en cuenta la condición de la costumbre en el Derecho Comercial.

(3) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Meditaciones dialécticas sobre la interpretación”, en “El Derecho”, t. 72, págs. 811 y ss.

(4) KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 166/167.

(5) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 5ª. ed., Bs. As., Depalma, 1985, por ej. pág. 75.

cista (6). También, según es de nuestro especial interés en estas líneas, lleva a la exageración de la intervención del **orden público** en el rechazo del Derecho extranjero, para resolver, con criterios del Derecho positivo propio, cualquier posible deficiencia del Derecho extranjero. (7)

Según su intervención "a priori" o "a posteriori", el orden público provoca una carencia "dikelógica positiva" preventiva o correctiva en el Derecho extranjero declarado aplicable (8) y esa carencia sólo puede reconocerse debidamente al hilo de la consideración dikelógica.

Lo que nuestro Derecho considera fundamental para nosotros puede no resultarle fundamental para otros, sobre todo si se considera que la solución del Derecho extranjero es su manera legítima de personalización. La referencia a los valores, y principalmente al valor justicia, puede abrirse más a los datos del Derecho Comparado y de la antropología filosófica respecto de las infinitas maneras legítimas de realización de lo humano y permite superar, incluso, la muchas veces infundada jerarquización entre países "civilizados" y otros que no lo son, que es letal para el espíritu de tolerancia del Derecho Internacional Privado.

El gran desarrollo producido en la **ciencia de la justicia** en nuestro tiempo (9) permite una amplia vía de comprensión del valor del Derecho extranjero y de su relación, nítidamente determinada (en cuanto a repartidores, beneficiarios, objeto, forma, etc.; con referencia al reparto aislado o con miras al régimen en su conjunto), con los despliegues de nuestro orden público, ciñéndolo a lo que realmente resulte la reserva última de nuestro propio Derecho.

A través de la "dikelología" y de la axiología en general es posible reconocer con precisión qué es lo que consideramos contrario a nuestro orden público: si rechazamos que intervengan ciertos **repartidores** en lugar de otros (por ej. si no aceptamos que el testador disponga más allá de ciertos límites); si lo que nos resulta inadmisibles es que reciban unos **beneficiarios** en detrimento de otros (v. gr. en la "legítima"); si no aceptamos que se haga por acuerdo de **partes** lo que debe hacer la **comunidad** (por ej. al rechazar capitulaciones matrimoniales); si no queremos que intervenga la **utilidad** en detrimento de la **justicia** y el **amor** (v. gr. en caso de no aceptar un pacto sobre herencia futura), etc. Sólo así es factible "sanear" el Derecho extranjero contrario al orden público y no caer desde él directamente en el propio Derecho.

(6) Desde el punto de vista dikelógico las diferencias entre sus tres componentes son fundamentales (v. la posición indicada en el texto, por ej. en FRANCESCOAKIS, Ph., "Conflits de lois (principes généraux)", en "Encyclopédie Juridique-Répertoire de droit international-Dalloz", t. I, 1968, págs. 470 y ss.).

(7) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 51 y ss.; "Meditaciones trialistas sobre el orden público", en "Jurisprudencia Argentina", t. 1977-II, págs. 711 y ss.

(8) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. I, 1982, págs. 81 y ss.

Cabe señalar especialmente que sólo comprendiendo, además del valor del **reparto** aislado, el valor del **régimen** extranjero en su conjunto, es posible reconocer con el debido respeto cuáles son las soluciones que debemos rechazar. Importa reconocer en su plena magnitud cuál es la perturbación que provocamos en la vida extranjera al rechazar un trozo del Derecho respectivo y es eso lo que debemos cotejar con nuestro orden público. La “relatividad” de lo que puede considerarse contrario al orden público según la cultura extranjera a la que nos refiramos justifica que entre países muy próximos a nuestro estilo de vida, como los de la obra de Montevideo, se tenga como impedimento de orden público a priori la falta de edad mientras —en cambio— no figura en el Derecho Internacional Privado de alcance general de la ley 23.515.

Cuando la referencia a la **justicia** no está prevista, el orden público crece triplemente: no sólo porque se lo comprende menos y deja de estar sometido a su control (10), sino porque tiende a ocupar el lugar que legítimamente corresponde a las consideraciones dikelógicas (11).

(9) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia (Dikelogía)”, Madrid, Aguilar, 1958.

(10) Puede v. CIURO CALDANI, “Meditaciones trialistas sobre el orden público” cit.

(11) Para limitar el juego del orden público a sus alcances legítimos urge contar con un rico complejo axiológico, firmemente referido al culminante valor **humanidad**. Acerca de la importancia de los valores en el Derecho Internacional Privado, v. por ej. BATIFFOL, Henri “Aspects philosophiques du droit international privé”, Paris, Dalloz, 1956; también puede c. CIURO CALDANI, “Aspectos...” cit.

La marginación del interés por la justicia lleva, en general, a exagerar la interpretación en detrimento de la elaboración y a exagerar la “autointegración” del ordenamiento normativo en perjuicio del desenvolvimiento de la “heterointegración”. Esto sucede también en Derecho Internacional Privado: por ejemplo privilegiando, en cuanto al ámbito temporal pasivo de nuestras normas, las soluciones analógicas sobre las autárquicas.