

# WERNER GOLDSCHMIDT Y "LA CONSECUENCIA JURIDICA DE LA NORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO" (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*\*)

1. Si se lo compara con años como 1929 o los que lo sucederían desde 1939 a 1945, el año 1935, en que aparece en Barcelona "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado" (1), no figura en las crónicas con hechos especialmente significativos. Se trata, sin embargo, de las vísperas del "acto final" de la Guerra Mundial que marcaría el fin de una época, quizás de una edad de las relaciones internacionales y de la historia (2). Entre los sucesos más significativos de 1935 podrían figurar la Guerra ítalo-etíope, el descubrimiento del sistema del radar por Robert Alexander Watson-Watt y las revelaciones acerca de las sulfamidas alcanzadas por Gerardo Domagk (3). La comunidad internacional relativamente plural que había comenzado a constituirse en el siglo XVI, al tiempo de la formación de los primeros "Estados nacionales", vivía entonces sus últimas horas. En 1936 estallaría la Guerra Civil Española, preludio del "acto final" de la Guerra Mundial que comenzaría en 1939 y abriría paso a un período de equilibrio bipolar en el mundo, de tensa unificación casi imperial en Occidente y de expansión del imperio ruso en Oriente. A su vez, esta situación se prolongaría hasta la relativa transformación del área rusa en los asombrosos sucesos de nuestros días (4).

En el marco jusfilosófico, en 1935 están ya claramente configuradas las tensiones "dimensionales" (5): ha aparecido la "concepción tridimensional" y se han planteado con gran claridad los "unidimensionalismos" sociológico y normológico (6). Kelsen ha llegado a la publicación, en 1934, de la "Teoría Pura del Derecho" ("Reine Rechtslehre") y desde su realismo extremista Hägerström le ha dirigido durísimos ataques (7). De cierto modo, se plantea así el difícil diálogo entre "razón" e "historia" que había procurado desarrollar el siglo XIX y constituye, en mucho, un marco esclarecedor para comprender la obra que nos ocupa y el conjunto de la producción goldschmidtiana. En "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Goldschmidt presenta dos aportes de gran trascendencia: la teoría del uso jurídico para explicar la calidad del Derecho extranjero y las bases para la sistematización de los problemas generales de nuestra materia mediante la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado (8).

(\*) Comunicación presentada a la Jornada "Werner Goldschmidt y el Derecho Internacional Privado" llevada a cabo en Rosario el 9 de febrero de 1990, en ocasión del octogésimo aniversario del natalicio del profesor Goldschmidt.

(\*\*) Investigador del CONICET.

(1) Editorial Bosch.

(2) Creemos que las dos "guerras mundiales" pueden ser comprendidas como episodios de un mismo conflicto. Acerca de la comprensión de la historia de Occidente, puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 81 y ss.

(3) Cabe recordar también a Fourneau y Trefouel.

(4) De todos modos, a través de los tiempos zaristas, soviéticos y "actuales", puede reconocerse cierta persistencia del fenómeno imperial ruso. Es notable el alcance que tienen siempre los impulsos, mucho tiempo autoritarios y ahora democratizantes y liberalizadores, provenientes del "núcleo vital" que formó el viejo imperio (puede v. nuestro artículo "Notas para la comprensión jusfilosófica del Derecho soviético", en "Investigación y Docencia", nro. 8, págs. 59 y ss).

(5) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed. 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, por ej. págs. 8 y ss.

(6) Puede c. id., págs. 18 y ss.

(7) Es posible v. AREVALO MENCHACA, Víctor, "Alf Ross, el discípulo genial", en "Revista de Ciencias Sociales", nro. 25, t.I, págs. 39 y ss.

(8) También publicó en 1935 "Problemas generales del Derecho Internacional Privado", Madrid, Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales. De ese año es su empleo de la expresión "norma indirecta" para nombrar a la norma de conflicto (v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 81 y ss.).

El "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International recoge ese año 1935 los siguientes cursos de especial interés para el Derecho Internacional Privado: BALLADORE PALLIERI, Giorgio (comte), "L'arbitrage privé dans les rapports internationaux" -t.51, págs. 291 y ss.-;

2. La línea principal de "La consecuencia jurídica..." es la presentación de la teoría del uso jurídico, que considera que el Derecho extranjero declarado aplicable es la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero (9). De ella se ocuparía, en un inteligente intento de refutación, el profesor Jacques Maury en el curso "Règles générales des conflits de lois" que dictaría en 1936 en la Académie de Droit International de La Haya (10). En la teoría del uso jurídico, Goldschmidt se inclina por resolver la calidad del Derecho extranjero en un sentido claramente "histórico", referido a la facticidad que produciría el juez extranjero para resolver el caso en cuestión, y no a una racionalidad normativa que el juez local debe aplicar libremente.

El profesor Maury creyó ver en el planteo de la teoría del uso jurídico una negación de la creación judicial del Derecho para atender a las particularidades de los casos que, en realidad, no es tal. Se trata, sí, de una creación condicionada por la referencia al probable fallo del juez extranjero, pero creación al fin (11).

Goldschmidt sostiene que la "aplicación" del Derecho extranjero afectaría la soberanía del país respectivo y que mediante ella se puede dar cuenta mejor de los rasgos más relevantes de la práctica real de los tribunales (12). Desarrollando su posición, pasa revista a los problemas planteados por la existencia de Derechos regionales y sucesivos (13), al reenvío (14), al error sobre el Derecho en la elección de las partes, que sería de "hecho" y no de "derecho" (15), a la interpretación limitada (16) y a la prueba del Derecho extranjero, que puede encararse por todos los medios (17) y a la actitud ante la imposibilidad de la prueba respectiva (18). En ese momento, a diferencia de lo que sostendría con posterioridad (19), Goldschmidt se aproximaba a la tesis de la petrificación afirmando que el "derecho" debe ser actual, pero el uso jurídico puede ser pasado y resultar más justo (20).

Maury dijo que la teoría de Goldschmidt era ogriminal e ingeniosa (21) y el profesor Henri Batiffol expresó "Cette réalité consiste en ce que le juge déterminant la teneur et le sens de la loi étrangère accomplit une opération différente de celle qui lui incombe dans la détermination de sa propre loi: il ne recherche pas ce qui est logique, juste, utile, mais ce qui est admis "en fait" à l'étranger, il ne recherche pas ce qui doit être, mais ce qui est: aussi aura-t-il le droit de s'en remettre pour cette preuve aux parties. La cause de cette différence se trouve dans ce que le juge est extérieur au système juridique étranger: au lieu de contribuer à le créer, il l'observe du dehors, comme un sociologue, selon la juste observation de W. Goldschmidt, c'est-à-dire qu'il le regarde comme un fait extérieur à constater, et non pas comme une notion à élaborer." (22).

DIENA, Giulio, "Principes du droit international privé maritime" - t.51, págs. 409 y ss.-; BARTIN, Etienne, "Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale" - t.52, págs. 587 y ss.- y FABRE-SURVEYER, Edouard, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Canada" - t.53, págs. 181 y ss.-.

(9) GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica..." cit., pág. 97 ("...encontrar la sentencia que con el sumo grado posible de probabilidad fallará el juez del país extranjero").

(10) MAURY, op. cit., en "Recueil..." cit., t.57, págs. 389 y ss. y 458/459.

(11) V. id., págs. 390/391.

(12) GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica..." cit., págs. 22/23.

(13) Id., págs. 37 y ss.

(14) Id., págs. 45 y ss.

(15) Id., págs. 59 y ss.

(16) Id., pág. 73.

(17) Id., págs. 87 y ss.

(18) Id., págs. 95 y ss.

(19) V. por ej. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., págs. 139/140.

(20) GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica..." cit., págs. 43/44 y 79.

(21) MAURY, op. cit., pág. 389.

(22) BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", 5a. ed., con la colaboración de Paul LAGARDE, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t.I, 1970, pág. 392.. V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJEA, t.I, 1952, págs. 337 y ss.; en relación con el tema, además "Estudios Jusprivatistas Internacionales", Rosario, Facultad de Derecho y Cs. Políticas U.N.R., 1969, págs. 25/26 y 303 y ss. Desde distintos puntos de vista puede v. por ej., también, PONSARD, André, "Loi étrangère", en "Répertoire de Droit International", Paris, Dalloz, t.II, 1969, págs. 263 y ss.; DAVID, Cyrille, "La loi étrangère devant le juge du fond", Paris, Dalloz, 1965; FRANCESCOAKIS Ph., "La théorie du renvoi", Paris, Sirey, 1958 (acerca del carácter "concreto" de la regla de conflicto, diverso -sin embargo- de la teoría del uso jurídico, págs. 17 y ss.).

Goldschmidt llegó a sostener que el Derecho extranjero parece "bidimensional" normosociológico e incluso "unidimensional" sociológico (23). Aunque en realidad es "tridimensional", como todo fenómeno del Derecho, las expresiones de referencia pueden resultar ilustrativas de la profunda transformación que tiene la dimensión dikelógica, enraizada por la exigencia de respetar al elemento extranjero por los carriles de la teoría del uso jurídico (24).

3. Pese a que no es el "leitmotiv" de la obra, también está presente en "La consecuencia jurídica..." la perspectiva de la ordenación de los problemas generales del Derecho Internacional Privado según la concepción normológica de nuestra ciencia, que hace de la estructura de la norma "indirecta" la base del sistema respectivo (25).

La concepción normológica significa la ordenación racional rigurosa de los problemas generales del Derecho Internacional Privado, que se habían ido descubriendo a partir del orden público evidenciado por Savigny en 1849, según un orden histórico acorde con la gravedad de las cuestiones para la comunidad jusprivatista internacional.

En "La consecuencia jurídica..." la sistematización es todavía deficitaria, al punto que se ubica al orden público, que debe ser vinculado con la característica negativa de la consecuencia jurídica, antes que el fraude a la ley, relacionado con la característica negativa del tipo legal (26). Sin embargo, el desarrollo que alcanzaría la sistematización goldschmidtiana en la concepción normológica es un aporte esclarecedor fundamental para el despliegue de nuestra ciencia (27).

La vocación sistematizadora de Goldschmidt se iría incrementando, al grado que el enfoque histórico de nuestra materia, que en "La consecuencia jurídica..." se presenta antes que las fuentes y el lugar del Derecho Internacional Privado, sería luego desplazado detrás de estos temas (28). Sin embargo, el desarrollo científico goldschmidtiano nunca se apartaría de la realidad a comprender (29).

4. "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", obra de un joven de formación e inteligencia excepcionales, es — como las otras producciones jusprivatistas internacionales y jusfilosóficas de Werner Goldschmidt— parte de un gigantesco y fructífero esfuerzo por integrar sistemáticamente la historia y la razón en el Derecho.

La apertura a la historia, como la efectúa Goldschmidt en la teoría del uso jurídico, significa el reconocimiento del derecho de cada pueblo y en definitiva de cada hombre a construir su propia vida jurídica, sin otras injerencias extrañas que la reserva de "orden público" (30). El empleo profundo de la razón en la comprensión de la estructura de la norma y los problemas generales del Derecho Internacional Privado permite reconocer y servir la dinámica de la vida.

Si nuestra vida ha de seguir siendo tal, debe ser siempre de alguna manera "internacional" y de todas las maneras posibles "interhumana" (31).

(23) GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., 1a. ed., Bs. As., El Derecho, 1970, págs. 151 y 6a. ed. cit., págs. 138/139.

(24) Cabe señalar que debe tenerse en cuenta la solución que daría el juez extranjero ante un caso con las características del que debe resolverse (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión jusfilosófica del Derecho extranjero", en "Investigación..." cit., nro. 12, págs. 27 y ss.).

(25) GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica..." cit., págs. 28 y ss.; "Derecho..." cit., 6a. ed., págs. 17/18; "Estudios..." cit., págs. 7 y ss. y 35 y ss. Acerca de la estructura de la norma, v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 204 y ss.

(26) V. GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica..." cit., pág. 32; "Derecho ..." cit., 6a. ed., págs. 85/86.

(27) V. GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica..." cit., págs. 31/32; "Derecho..." cit., 6a. ed.

(28) V. un planteo crítico, por ej., en MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Madrid, Atlas, t.I, 1970, págs. 218 y ss. y 232 y ss.

(29) En esto estriba uno de los mayores méritos de la teoría trialista del mundo jurídico (v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit.; "Derecho..." cit.).

(30) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas", Rosario, Consejo de Investigaciones de la U.N.R., 1976.

Una línea de cierto riesgo para la inserción histórica del pensamiento goldschmidtiano es su referencia del ordenamiento del Derecho Internacional Privado a la consecuencia jurídica, pero creemos que ese peligro resulta superado, sobre todo, a través de la comprensión dinámica del mundo jurídico posibilitada por el trialismo (v. respecto a la referencia: GOLDSCHMIDT, "La consecuencia jurídica...", cit. por ej. pág. 30).

(31) Es posible v. nuestro trabajo "El Derecho Internacional Privado, su humanismo y su función histórica en las postrimerías del siglo XX", en "Investigación..." cit. nro. 6, págs. 61 y ss.; también "Significados jusfilosóficos del Derecho Internacional Privado y sus problemas generales", en "Investigación..." cit., nro. 11, págs. 57 y ss.