

# COACTIVIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO "CONFLICTUAL"

(Con motivo del abandono de la jurisprudencia "Bisbal")

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

## Entre 1986 y 1988

1. Entre 1986 y 1988 la jurisprudencia francesa cambió el rumbo que había indicado el caso "Bisbal", cuya solución, de 1959, había establecido que las reglas francesas de conflicto de leyes, en tanto que prescriben la aplicación de una ley extranjera, no tienen carácter de orden público, de modo que corresponde a las partes reclamar su aplicación. Se había dicho, asimismo, que no se puede reprochar a los jueces el no aplicar de oficio la ley extranjera y hacer uso de la ley interna francesa, que tendría vocación para regir todas las relaciones de Derecho Privado (1). Sobre todo a partir de los pronunciamientos de la Corte de Casación (1ra. sala civil) en los casos "Rebouh c. Bennour" y "Schule c. Phillippe" (2) los jueces franceses no sólo pueden sino deben aplicar de oficio las leyes indicadas por el Derecho Internacional Privado francés, de modo que éste adquiere carácter coactivo, puede decirse "de orden público". De este modo la jurisprudencia francesa se ha puesto de acuerdo con la opinión mayoritaria de la doctrina de su país y con la posición predominante en el Derecho Comparado (3).

2. El abandono de la jurisprudencia "Bisbal" resulta una oportunidad apropiada para hacer algunas reflexiones sobre la coactividad en las normas jusprivatistas internacionales "conflictuales" y, en general, acerca de su carácter coactivo o supletorio (dispositivo). Aunque se trata de cuestiones en ciertos aspectos interrelacionadas, el carácter coactivo o supletorio del Derecho Internacional Privado es problema diferente de su calidad de "Derecho" o de "hecho" y de su tratamiento procesal, de la calidad de "Derecho" o de "hecho" y del tratamiento procesal del Derecho extranjero de-

(\*) Investigador del CONICET.

- (1) V. la sentencia del caso "Bisbal", por ej, en "Revue critique de droit international privé", t. XLIX, 1960, Nro. 1, págs. 62 y ss. (con nota de Henri BATIFFOL, "L'application d'office par le juge français de la loi étrangère non invoquée par les parties", —el título de la nota figura en "Choix d'articles", París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1976, pág. 472—). En relación con el tema, v. también por ej. BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", 5a. ed., con la colaboración de Paul LAGARDE, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t. I, 1970, págs. 393 y ss.; LOUSSOUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, "Droit international privé", París, Dalloz, 1978, págs. 318 y ss.; PONSARD, André, "Loi étrangère" en "Répertoire de droit international" publié sous la direction de Ph. FRANCESCAKIS, París, Jurisprudence Générale Dalloz, t. II, 1969, págs. 263 y ss.
- (2) V. "Revue. . ." cit., t. 78, 1989, págs. 368 y ss.
- (3) En relación con la nueva jurisprudencia francesa, v. por ej. LEQUETTE, Yves, "L'abandon de la jurisprudence Bisbal (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988)", en "Revue. . ." cit., 7. 78, 1989, págs. 277 y ss.; PONSARD, André, "L'office du juge et l'application du droit étranger", en "Revue. . ." cit., t. 79, 1990, págs. 607 y ss. (también en "Rapport de la Cour de cassation 1989"). Con referencia a diversas opiniones sobre el tema, v. por ej. LEQUETTE, op. cit., págs. 280 y ss.

clarado aplicable y del tratamiento procesal de los hechos constitutivos de los casos a resolver (4).

Por la frecuencia con que son confundidos, es sobre todo importante distinguir nuestro problema, que se refiere en general al mencionado carácter coactivo o supletorio del Derecho Internacional Privado, de las cuestiones de su calidad de "Derecho" o de "hecho" y su tratamiento procesal en base a los principios de la oficialidad o la dispositividad. Si lo que se estudiara bajo la expresión "Derecho" fuera si el Derecho Internacional Privado posee carácter jurídico, la cuestión sería previa a su coactividad o supletoriedad, pero es notorio que en este sentido es "Derecho" (5), lo que se discute a menudo es si se trata de "Derecho" o "hecho" en cuanto a las respectivas afinidades con los principios de la oficialidad y la dispositividad, y creemos que tal enfoque descentra la perspectiva del asunto.

Antes de saber si se ha de aplicar el principio de la oficialidad o el de la dispositividad, incluso antes de averiguar la cuestión relacionada, pero no idéntica, del carácter de "Derecho" o de "hecho", hay que considerar el grado de autoridad o de autonomía (libertad) con que —sin dependencia de uno y otro asunto— se establece el Derecho Internacional Privado. Dado que se trata de soluciones judiciales, de la vertiente gubernamental del ordenamiento normativo, el carácter subsidiario del Derecho Internacional Privado sólo sería concebible partiendo de una norma de "autonomía grande" implícita, como base de todas las demás normas de la materia (6).

Según sucede en las demás ramas jurídicas, la coactividad o supletoriedad del Derecho Internacional Privado depende en los hechos de su realización procesal, pero ésta no ha de ocultar su caracterización en uno u otro sentido. Es verdad que la suerte de las diversas ramas jurídicas se juega, incluso, en la manera en que se atiende a los casos, mas es otro problema, diferente de la coactividad o supletoriedad (7). Que el Derecho Internacional Privado sea coactivo no supone que necesariamente el juez haya de proceder de oficio respecto del Derecho extranjero declarado aplicable o acerca de los hechos. Conocidos éstos por la vía que fuere, deberá, sí, aplicar el Derecho Internacional Privado coactivo según corresponda. Sería un error deducir del empleo del principio dispositivo la existencia de una supletoriedad consagrada indirectamente. En la gran confusión doctrinaria con que en nuestros días se pretende hacer frente a los cambios de la realidad, la comprensión del Derecho Internacional Privado y el Derecho "de fondo" en general puede quedar, de lo contrario, ilegítimamente eclipsada por el Derecho Procesal.

3. El carácter coactivo o supletorio del Derecho Internacional Privado depende de lo que en cada caso establezcan —de manera más o menos expresa— sus autores. Sin embargo, es significativo reconocer los fundamentos de una y otra posición y en este planteo, los títulos de la coactividad. La expansión de la supletoriedad implica el desconocimiento de que el Derecho Interno de todo país,

(4) Urge no confundir el carácter dispositivo o supletorio de las normas con el principio procesal dispositivo (v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed. 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 213 y 588). Acerca de la calidad del Derecho extranjero, v. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 127 y ss. y 504 y ss.

En esta línea de comprensión, la Jurisprudencia "Bisbal" era cuestionada por confundir dos momentos distintos del razonamiento, el de la aplicación de la regla de conflicto de leyes, que se acabaría con la designación de la ley competente, y el de la aplicación de la ley así designada, que supone establecer su contenido (v. LEQUETTE, op. cit., págs. 281 y 335; sin embargo, c. también págs. 290 y 336 y ss.).

(5) Se trata de repartos captados por normas y valorados, los repartos y las normas, por la justicia (v. GOLDSCHMIDT, "Introducción. . ." cit.).

(6) Aunque las partes puedan disponer de los hechos no necesariamente deben disponer del Derecho. Acerca de la autonomía y sus límites, pueden c. GOLDSCHMIDT, "Derecho. . ." cit., págs. 191 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable", en "Juris", t. 47, págs. D. 29 y ss.

(7) V. en relación con el tema LEQUETTE, op. cit., págs. 292 y ss.

incluso el propio, sólo se hace legítimamente para los casos cuyo centro de gravedad está en la propia cultura. No se trata, como se ha creído a veces, de una delimitación de soberanías, pero sí de una delimitación de estilos de vida y es irrespetuoso con el propio Derecho, con el estilo de vida nacional, extenderlo para resolver los casos que no ha considerado regir.

No resultaría legítimo ignorar que hay muchos casos donde la autonomía grande es valiosa, porque se presentan estilos de vida intercambiables, ni desconocer que a veces las partes deben poder hacer sus propias reglas. De lo que se trata es de advertir que si el Derecho propio es aplicado más allá de los casos para los cuales se hizo, en los que se consideren predominantes los elementos nacionales, pierde su identidad, es otro Derecho (8). Cuando un Derecho quiere resolver en concreto con alcances universales, se vale del orden público, especialmente del orden público "a priori", pero esto no depende de la voluntad de las partes.

Es evidente que en nuestro tiempo, de atenuación y complicación de las diferencias internacionales, la autonomía de las partes puede servir para corregir errores en los contactos señalados por los legisladores (9), pero nuestra cuestión se plantea cuando la autonomía no es considerada legítima y esta posibilidad, aunque resulte reducida, es innegable. Rechazar la subsidiariedad como regla no quiere decir negar que subsidiariedad y coactividad son valiosas según las particularidades de las circunstancias (10).

La expresión "conflicto de leyes" puede generar confusión respecto de nuestro tema, porque puede suponerse que cada Derecho tiene vocación universal y, en consecuencia, se conflictúa con los demás. En realidad puede haber conflictos por superposición —y también por vacío— pero la existencia misma de la comunidad internacional significa que cada Derecho reconoce la presencia de los demás, y de su correcta ubicación vital se ocupa el Derecho Internacional Privado. Podría suponerse, por otro lado, que cada Derecho es un mínimo de jurisdicción por el cual pueden optar las partes, pero cada régimen tiene sus propios alcances y esto lo evidencia el rechazo del fraude a la ley. La subsidiariedad del Derecho Internacional Privado frente a la opción de las partes por el Derecho Interno propio convertirá a las jurisdicciones en centros de "forum shopping" (11).

Hay, en realidad, un "orden público internacional" que exige que determinados casos, especialmente vinculados con ciertos países extranjeros, sean resueltos por los Derechos de esos países y no, como consecuencia de la inactividad de las partes, por el Derecho propio.

El desarrollo de la coactividad afirma el sentido "internacional" del Derecho Internacional Privado, en tanto el despliegue de la subsidiariedad fortalece su significado "privatista". El cometido del Derecho Internacional Privado en sentido estricto es reconocer y respetar los alcances de los diversos regímenes jurídicos para respetar al fin, en sus marcos debidos, a los elementos vinculados con ellos. Si los Derechos aplicables no son considerados meras fórmulas abstractas, nuestra materia ha de tener respuestas coactivas que resguarden esos alcances. La "extraterritorialidad" (que también puede llamarse, de cierto modo, "extraambientalidad"), debe significar búsqueda de la plenitud de los casos que corresponden al Derecho extraterritorializado, no desborde de su ámbito.

( 8 ) Utilizar un reparto cambiando sus repartidores o beneficiarios es una "transmutación" del mismo y, como al propio tiempo se alteraría la relación repartidores-beneficiarios en la medida que se introdujera una autonomía no establecida, habría una "transmutación" de la adjudicación (puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976, págs. 52 y 55).

( 9 ) V. ídem, págs. 303/4.

(10) V. ídem, págs. 311/2.

El fundamento de la limitación de la dispositividad que sostenemos excluye la diferenciación según se trate de Derecho Internacional Privado de fuente internacional o interna.

(11) V. LEQUETTE, op. cit., pág. 300.

La marginación del Derecho Internacional Privado en vías de aplicar el Derecho Interno propio puede responder principalmene a los extremos del jusnaturalismo "apriorista", que desconoce que el Derecho Interno de todo país, incluso el propio, sólo se hace legftimamente para los casos cuyo centro de gravedad está en la propia cultura (12) o de un positivismo al servicio unilateral de la voluntad de las partes (13). Como expresión exagerada de autonomía, el uso desmedido de la subsidiariedad sería una manifestación del individualismo que hace a unos hombres medios de los demás (14) y una amenaza para el sentido de comunidad internacional (15).

- (12) Cabe recordar, sin embargo, que incluso ciertos párrafos del historicista Savigny dan como fundamento del Derecho Internacional Privado la autonomía de las partes (v. SAVIGNY, F. C. de, "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, por ej. págs. 160 y 188 y ss. -CCLIII y CCCLX-).
- (13) Acerca del Derecho Natural y del positivismo, v. por ej. GOLDSCHMIDT, "Introducción. . ." cit., págs. 382 y ss. y 101 y ss. y BATIFFOL, Henri, "Filosofía del Derecho", trad. Lilia Gaffuri, Bs. As., Eudeba, 1964, págs. 51 y ss. y 7 y ss.
- (14) El empleo desbordado del Derecho Interno propio constituiría en estos casos una expresión más de la "alienación" de nuestro tiempo, que se muestra, v. gr., como simulación en lugar de realización, representación en vez de presencia, ostentación en lugar de merecimiento y sólo tener en vez de ser. El Derecho propio aplicado de esa manera sería simulación, representación, ostentación y mero tener (cabe recordar, al respecto, v. gr., los estudios célebres de Gabriel Marcel y Erich Fromm).
- (15) V. acerca de las exigencias del régimen de justicia y de los medios para realizarlo, GOLD-SCHMIDT, "Introducción. . ." cit., pág. 438.  
El área "conflictual" es el núcleo del Derecho Internacional Privado (puede v. 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, págs. 5 y ss.). En áreas periféricas hay marcos más coactivos, como el de las "leyes de policía" y otros radicalmente autonomistas (de "autonomía universal").