

ENGARCE HISTORICO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

1. El hombre es un ser "histórico" y "prospectivo", en el sentido de necesitar un engarce en el pasado y en el porvenir (1). Sin embargo, a menudo se aliena de uno y otro, por ejemplo, a través de construcciones teóricas que lo alejan de la realidad y de la profundidad de los despliegues humanos. Esto es lo que suele ocurrir con las teorías acerca del objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado (2).

Entre las principales posiciones acerca del contenido de referencia cabe mencionar la que lo ciñe, con alcance unitario, al conflicto de leyes, y las que agregan la nacionalidad y el Derecho de extranjería, o los conflictos jurisdiccionales, o el Derecho Privado unificado o las soluciones materiales para los llamados casos mixtos y las leyes de aplicación inmediata. A nuestro parecer, estas diversas teorías tienden a mutilar el objeto que debe abordar la ciencia del Derecho Internacional Privado para evidenciar su profundo engarce humano en la historia y en la prospectiva, que es la **diversidad de Derechos** considerada desde el punto de vista de la vida de los particulares como tales. A nuestro entender, esta diversidad de los Derechos, que deben ser entendidos en toda su riqueza tridimensional normo-socio-dikelógica, es la noción unitaria que en la actualidad permite dar cuenta de la dinámica de la historia y de la prospectiva del Derecho Internacional Privado. Siempre se trata de **proteger** al particular contra la diversidad de Derechos, aunque esta protección requiere soluciones diversas según las circunstancias.

2. La doctrina unitaria del "conflicto de leyes", de especiales raíces germánicas, responde con gran nitidez a la capacidad de abstracción de la cultura que le da origen, pero como hasta su propia enunciación lo indica, a menudo es entendida como mero "conflicto" de "leyes", es decir, sólo como discrepancias de reglas a aplicar, mas no como concordancias y

(*) Ideas básicas de una clase de Derecho Internacional Privado Profundizado dictada por el autor en la Maestría en Filosofía del Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(**) Investigador del CONICET.

(1) Pueden v. nuestras "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 65 y ss.

(2) Pueden v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs.As., Depalma, 1988, págs. 74 y 75; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Comprensión histórica de las teorías del objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N°6, págs. 65 y ss.; "Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo", en "Jurisprudencia Argentina", 9/III/1994.

discrepancias de la vida de los distintos estilos jurídicos, incluso en sus despliegues concretos. Diversidad es variedad, abundancia, no necesariamente conflicto y el Derecho es mucho más que las "leyes". Las soluciones ante la diversidad son mucho más que la mera "elección" de leyes o incluso de Derechos.

Uno de los avances para superar la abstracción que significa esta teoría unitaria del conflicto de leyes ha sido la llamada "teoría del uso jurídico", que exige que cuando se declara aplicable un Derecho extranjero se dé al caso el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable; es más, que se imite la sentencia que dictaría dicho juez (3). Quizás pueda agregarse que debe producirse el equivalente axiológico de la sentencia respectiva o, mejor, de la solución concreta pertinente, sea la misma judicial o no judicial (4). Sin embargo, creemos que el conflicto de leyes, pese a ser de cierto modo el "núcleo" diferenciador del Derecho Internacional Privado como rama jurídica materialmente autónoma (5), no expresa todo el contenido del mismo que, como dijimos, es a nuestro entender toda la problemática de la diversidad de Derechos considerada desde el punto de vista de la vida de los particulares.

Reconocer la importancia central del "conflicto de leyes" es significativo para que el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado pueda construirse en una "complejidad pura", mas no es suficiente. El problema, sin embargo, no ha de resolverse por adición, por mera yuxtaposición superficial que priva de historicidad y prospectiva, como suelen hacerlo las otras teorías, sino por **profundización**.

3. La teoría que agrega al conflicto de leyes la nacionalidad y el Derecho de extranjería, de origen predominantemente latino, significa una nítida expansión "horizontal", quizás afin con el sentido menos abstracto pero no del todo práctico de estas culturas.

Creemos que para comprender el objeto que ha de abordar la ciencia del Derecho Internacional Privado en su debida profundidad histórica y prospectiva hay que penetrar en las nociones de "nacionalidad" e "inter-nacionalidad", pero no apejándose al sentido de la "nacionalidad" que llamaremos formal. Nos parece obvio que el Derecho "Internacional" Privado tiene que ver y mucho con la "nacionalidad", pero urge aclarar qué se entiende por nacionalidad. Una declianción trialista de la nacionalidad permite diferenciar en la misma tres dimensiones, una sociológica, otra normológica y otra dikelógica (6).

En la dimensión sociológica la nacionalidad tiene un sentido objetivo, de pertenencia a

(3) V. GOLDSCHMIDT, op. cit., pág. 137.

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para la Investigaciones Jurídicas, 1979, págs. 49/50.

(5) Es posible c. nuestro "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965.

(6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; "Derecho y política", Bs. As., Depalma, 1976.

En cuanto a la nacionalidad es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Reflexiones acerca de la actividad de las empresas trasnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado", en "Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones", N°43, págs. 1 y ss.

un orden de adjudicaciones (principalmente de "repartos") en el que se reciben y reparten potencias e impotencias, y un sentido subjetivo, de querer pertenecer a un orden de repartos. En la dimensión normológica, la nacionalidad posee un sentido objetivo, de vivir una vida captada por las normas de un ordenamiento normativo y otro subjetivo más "formal" de poseer la nacionalidad adjudicada por las normas sobre todo a los fines de la participación política. En la dimensión dialógica la nacionalidad tiene un sentido de deber, en relación con las potencias recibidas en un régimen, y otro de derecho, en cuanto el orden de referencia se ha beneficiado a través nuestro e incluso en tanto necesitamos de esa nacionalidad.

A la luz de esta comprensión dialista resulta que la nacionalidad importa, y mucho, al Derecho Internacional Privado, pero la nacionalidad que es relevante es sobre todo la nacionalidad sociológica objetiva de vivir realmente un orden de adjudicaciones, por ejemplo, porque se está domiciliado, porque se tienen bienes, porque se celebran o se cumplen actos en ese marco. La nacionalidad formal, tenida en cuenta en la teoría que nos ocupa, es un recorte que poco tiene que ver con los sentidos profundos de la vida de los particulares como tales. Con acierto muchos países no la tomamos como punto de conexión relevante. Incluso tal vez deba perder importancia en los procesos de integración.

A la luz de estas consideraciones resulta que la nacionalidad no es necesariamente excluyente, sino que por el contrario es una complejidad en la que todos llegamos a tener en diversos grados todas las nacionalidades, porque nada de lo humano nos es ajeno, hasta llegar a la común realidad de la humanidad que abarca a todos los integrantes de nuestra especie. Frente al "achatamiento" que en nuestros días de la llamada "postmodernidad" tiende a uniformar todas las nacionalidades y a provocar las infundadas reacciones de nacionalismo exacerbado, es relevante reconocer la rica profundización de la idea de nacionalidad.

Vale destacar que, a la luz de la complejidad que sobre todo en profundidad tiene la noción de nacionalidad el nacionalismo exacerbado es un fraccionamiento caprichoso que procura seguridad a quienes no quieren asumir la relativa inseguridad de la vida plena. La "internacionalidad" del Derecho Internacional Privado existe en el marco de complejidad de la nacionalidad, al punto que el respeto al elemento extranjero también puede comprenderse como una concreción de la asunción de nuestro propio ser.

En este marco de estudio de la problemática de la diversidad de Derechos se advierte que el Derecho de extranjería sólo interesa marginalmente, como una de las respuestas posibles, pero que no puede ser legítimamente generalizada.

4. La teoría que agrega al conflicto de leyes el conflicto de jurisdicciones refleja en gran medida el espíritu práctico de la cultura anglosajona. Creemos que el reconocimiento de los despliegues concretos del Derecho obliga a admitir que el conflicto de jurisdicciones o mejor la diversidad de jurisdicciones es parte del objeto que ha de abordar la ciencia del Derecho Internacional Privado, pero entendemos que la diversidad de Derechos es más que el mero conflicto de leyes y el mero conflicto de jurisdicciones porque abarca, por ejemplo, el Derecho Internacional Procesal en general y el Derecho extrajudicial. Se trata de una profundización práctica, aunque a nuestro parecer insuficiente.

5. La teoría que además del **conflicto de leyes** incluye en el objeto de la ciencia del Derecho Internacional Privado al **Derecho Privado Uniforme** incorpora un despliegue legítimo del estudio de la problemática de la diversidad de Derechos, aunque vale reconocer que el Derecho Uniforme es un declive de negación de la figura central. Si sobre la diversidad se construye la uniformidad hay una diversidad inconsecuente, que concluye en su negación. El Derecho Privado Uniforme no ha de entenderse horizontalmente como una yuxtaposición con el conflicto de leyes, sino como una manera más de resolver las cuestiones de la diversidad de Derechos.

6. La teoría que agrega al **conflicto de leyes** las **soluciones materiales** y las **leyes de aplicación inmediata** también resulta en principio una yuxtaposición de soluciones horizontalmente consideradas. Sólo es legítima en la medida que se la comprenda como expresión de las tres perspectivas en la solución de la diversidad de Derechos, sea de afirmación del régimen nacional en sus nociones humanas más universales, de orden público "a priori", y de Derecho Público, en las leyes de aplicación inmediata; de respeto a las diversidades mediante la elección del Derecho a aplicar (método tradicional del "conflicto de leyes") o de superación de las diversidades legítimamente superables a través de las soluciones materiales. Abordar el Derecho Público, contenido en las leyes de aplicación inmediata, es únicamente legítimo en cuanto sus respuestas influyan en las soluciones del Derecho Privado, por ejemplo, interfiriendo en un contrato.

desp
"hu
desa
valo
del l
reco
En e
de la
reali

estri
gran

(*) Im
De
(**) Id
Id
18
Of
el
(1) Er
el
MI
Ar
P
Fu
Er
Gl
33
19
du
(e