

ACERCA DE LA ESTRUCTURA CULTURAL DE LA NORMA JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL CLASICA

(Bases conceptuales para el análisis básico
del Derecho Internacional Privado) (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

I. Hacia una «lógica cultural» de la estructura de la norma

1. Un problema en general insuficientemente desarrollado en el pensamiento jurídico es el de las relaciones internas del *problema* y la *solución* en las respuestas jurídicas¹. La cuestión guarda vinculación con el debate acerca del carácter «*analítico*» o « *sintético*» de los juicios, pero también subyace a mucho de lo que se dice en la discusión respecto a si las normas contienen relaciones de *imputación* o de *causalidad*, refiriendo las primeras al deber ser y las segundas al ser².

(*) Homenaje a Werner Goldschmidt, en el 40º aniversario de la teoría trialista del mundo jurídico

(**) Profesor titular de Derecho Internacional Privado Profundizado en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la U.N.R.

1. Acerca de otras cuestiones vinculadas a los alcances de las respuestas jurídicas puede v. por ej. nuestro estudio «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976.
2. Es posible c., v. gr., KANT, «Crítica de la razón pura», trad. José del Perojo, 4ª. ed., Bs. As., Sopeña Argentina, 1952, pág. 79 (La relación entre un sujeto y un predicado «es posible de dos maneras: o el predicado B. pertenece al sujeto A como algo contenido en él (de un modo tácito), o B es completamente extraño al concepto A, si bien se halla enlazado con él. En el primer caso llamo al juicio *analítico*, en el segundo *sintético*.»); también puede c. por ej. FERRATER MORA, José,

En la consideración de la imputación y la causalidad suelen esconderse cuestiones diferentes a las que se formulan, y no relacionadas de modo necesario con ellas. Por ejemplo: aunque creemos que la norma jurídica no debe construirse al hilo del deber ser sino de la vinculación de causalidad³, advertimos que cabe discutir si, como suele entenderlo el jusnaturalismo, el juicio es más «analítico» y de desenvolvimiento de un ser contenido en la «naturaleza» del problema o, según lo interpreta a menudo el positivismo, hay un despliegue más «sintético» y de «agregado» que hace la consecuencia de la norma jurídica a su antecedente.

Según nuestro parecer, el «naturalismo» y el «positivismo» extremos bloquean el camino al estudio cabal de las relaciones entre antecedente (en sentido amplio «tipo legal») y consecuencia de la norma jurídica. Entendemos que, en base a características «construidas», es factible reconocer los rasgos de los antecedentes, las consecuencias y las relaciones entre ambos. Creemos que, en definitiva, es posible realizar importantes avances para comprender la vinculación entre antecedentes y consecuencias jurídicas a la luz de una «lógica cultural»⁴.

La estructura de la norma, como la de todo juicio, consta no sólo del antecedente y la consecuencia jurídica, que captan el problema a reglamentar y la reglamentación, sino de respectivas características positivas y negativas, que deben estar presentes o ausentes para que la norma funcione⁵. Se evidencian así, por ejemplo, las tensiones entre una línea cultural expresada en las características positivas, y líneas al menos «paraculturales», manifestadas en las características negativas⁶. En

«Diccionario de Filosofía», 5ª. de., Bs. As., Sudamericana, t. I, 1965, págs. 97 y ss. («Analítico y sintético»); por otra parte, v. gr. KELSEN, Hans, «Teoría pura del derecho», trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 16 y ss.

3. V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 195 y ss. Desde nuestra construcción trialista, para el reconocimiento del «deber ser lógico» empleamos la noción de imperativo.

4. Para construir la lógica cultural de las normas vale apreciar los sentidos últimos de los antecedentes, las consecuencias jurídicas y sus relaciones en las dimensiones sociológica, normológica y axiológica. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden c. v. gr. GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

5. GOLDSCHMIDT, op. cit., esp. pág. 205.

6. La «paraculturalidad» suele ser una línea de contención para evitar desviaciones en la culturalidad de las características positivas.

En general, cabe considerar nuestras «Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

este caso, hemos de centrarnos en la consideración de las relaciones entre las características positivas de los antecedentes y las consecuencias de las normas del Derecho Internacional Privado clásico, de «conflicto de leyes».

II. La estructura cultural de la norma jusprivatista internacional

2. La consideración lógico cultural de las bases de las normas del Derecho Internacional Privado clásico exige atender a los antecedentes que referiremos especialmente a sus «*causas*», a los *puntos de conexión* contenidos en las consecuencias y a las *relaciones* entre unos y otros⁷. El grado de «abstracción» de las normas del Derecho Internacional Privado clásico facilita el enfoque lógico cultural⁸.

a) Los antecedentes

3. Aunque en general son construidas de modo análogo al Derecho Privado Interno, las causas de las normas jusprivatistas internacionales pueden ser edificadas con alcances mayores o menores, es decir, empleando menos o más el análisis.

Las causas pueden ser clasificadas según su mayor carácter “*elemental*” o “*relacional*”. Las grandes áreas causales más “*elementales*” se refieren a las personas, la forma y las propiedades. Los grandes ámbitos causales más “*relacionales*” son los del matrimonio, la filiación, las obligaciones y las sucesiones. Pueden ser diferenciados, en ellos, distintos grados de *profundidad* vital.

b) Los puntos de conexión

4. Los *puntos de conexión*, indicaciones abstractas y determinables del Derecho aplicable, pueden tener caracteres más *sociológicos*, *normológicos* o *axiológicos*. A su vez, hay que atender a los diferentes niveles de *profundidad* de los contactos.

7. Las características positivas de los antecedentes de las normas jusprivatistas internacionales contienen las “*causas*” y los hechos subyacentes a los puntos de conexión. Las características positivas de las consecuencias jurídicas incluyen los puntos de conexión y lo conectado. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia», 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, por ej. págs. 99 y ss. y 119 y ss.
8. En el horizonte de estos temas puede v. nuestra «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación y Docencia», N° 26, págs. 20 y ss.

El primer grupo, de los contactos preferentemente *sociológicos*, abarca los puntos personales, conductistas y reales. Los principales puntos de conexión personales son la nacionalidad, el domicilio, la residencia, a veces considerada en habitualidad o en mero carácter accidental. Los principales puntos de conexión conductistas son la más “formal” autonomía conflictual, el lugar de celebración, el lugar de constitución, el lugar de cumplimiento y el lugar del suceso. Entre los puntos de conexión reales se hallan el lugar de situación de los bienes y el lugar de registración. Un punto de conexión más *normológico* es la nacionalidad. Incluso, al comparar el punto de conexión residencia con el del domicilio, se advierte que el primero es más sociológico, en tanto el segundo tiene más carga conceptual normológica. Un punto de conexión *dikelógico*, inspirado en una consideración de justicia, es el favor a la validez del acto.

Los distintos puntos de conexión tienen diferentes rasgos sociológicos, normológicos y dikelógicos⁹. En el primer sentido, hay puntos de conexión que dan al desenvolvimiento internacional mayores rasgos de *autonomía* (como la autonomía conflictual y el lugar de celebración) o más *autoritarios* (según sucede con la situación del inmueble “por naturaleza”, casi imposible de cambiar). En relativa coincidencia con la clasificación recién referida, hay puntos que sirven a una mayor *planificación gubernamental* y otros que dan más juego a la *ejemplaridad*, desenvuelta según el esquema “modelo” y “seguimiento” al hilo de la razonabilidad. En nuestro tiempo de la globalización/marginación, los regímenes conflictualistas estatales, en relativa retirada, dejan grandes espacios a la autonomía y a la ejemplaridad. Una razonabilidad paraestatal gana espacios, sobre todo por la vía de la autonomía conflictual.

En el despliegue normológico hay, por ejemplo, puntos de conexión más *institucionales* y como tales independientes de la voluntad de las partes, que suelen coincidir con la autoridad y la planificación (como el domicilio o la situación de los bienes, sobre todo si son inmuebles) y otros más *negociales*, que dependen más de la voluntad de las partes y se abren más a la ejemplaridad (como la autonomía y el lugar de celebración).

En la perspectiva dikelógica, hay puntos de conexión más inspirados en consideraciones de *justicia*, y otros que persiguen una dinámica de justicia más *utilitaria*. En el primero de estos grupos se sitúan varios de los puntos autoritarios (como el

9. Es posible v. nuestros «Estudios ...», cits., t. III, 1984, págs. 38 y ss.; asimismo cabe c. «Notas sobre ideas políticas y puntos de conexión», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 7, págs. 77 y ss.

domicilio) y en el segundo se ubican los puntos de conexión más dependientes de la voluntad a satisfacer por las partes (como la autonomía conflictual y el lugar de celebración). No es sin motivo que el desenvolvimiento utilitario del mercado global de nuestros días se vale tanto de la autonomía conflictual o incluso la excede a través de la autonomía material y del Derecho uniforme y el Derecho unificado.

En relación con las clases de justicia, o sea los caminos para descubrirla, los puntos de conexión más autoritarios suelen referirse más a la *justicia general*, que se dirige al bien común, y los más autónomos se vinculan más con la *justicia particular*. Como los requerimientos de justicia general o particular son, de modo respectivo, rasgos diferenciales últimos de lo que consideramos Derecho Público y Derecho Privado, cabe reconocer que el proceso de radicalización del Derecho Privado que suele denominarse “privatización”, guarda honda vinculación con los avances de los puntos de conexión autónomos (autonomía conflictual, lugar de celebración, lugar de constitución, etc.). Cuando la privatización se incrementa más, se llega a la autonomía material e incluso a la crisis de la solución conflictualista y el recurso al Derecho Uniforme y el Derecho Unificada.

La realización del humanismo que, según consideramos justo, ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio, puede recorrer caminos de *abstencionismo*, que estimamos preferibles, o de *intervencionismo*, es decir de paternalismo. El abstencionismo puede desviarse de modo relativamente fácil a la mediatización individualista y el intervencionismo corre especial riesgo de caer en la mediatización totalitaria. Los puntos de conexión más autonomistas son, como es notorio, más abstencionistas; los más autoritarios son más intervencionistas. V. gr.: la autonomía conflictual, el lugar de celebración y el lugar de constitución son más abstencionistas que el lugar de situación de los inmuebles, el domicilio, etc.

c) Las relaciones entre antecedentes y puntos de conexión

a') La base lógica

5. La relación entre las causas y los puntos de conexión puede ser *no acumulativa* o *acumulativa*. A su vez, la conexión no acumulativa puede ser *simple* o *condicional* y, en el segundo caso, *subsidiaria* o *alternativa*. Cuando se aplica de modo liso y llano el Derecho del domicilio, se utiliza un punto de conexión no acumulativo simple; si por no contarse con el domicilio se recurre a la residencia se emplea un punto de conexión condicional subsidiario y cuando se ha de optar, v. gr., por uno de los lugares de celebración de un contrato entre ausentes, se tiene un punto de conexión alternativo.

La conexión acumulativa puede ser *igual* o *desigual*. La referencia acumulativa igual se produce, por ejemplo, cuando se han de cumplir los requisitos de las leyes de los domicilios diversos de las partes y la remisión a puntos de conexión acumulativos desiguales se plantea, v. gr., cuando un contacto establece el Derecho que en principio rige y otro contacto el régimen que fija el máximo o el mínimo.

La más nítida configuración de la internacionalidad, formada por Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y sus relaciones, se expresa en la no acumulación simple, en tanto que la no acumulación condicional y la acumulación corresponden a diversos niveles de crisis en que los casos exceden la «compartimentalización» internacional.

b') La base de contenido

6. Para decidir la lógica de la no acumulación o de la acumulación hay que tener en cuenta la “*nacionalidad*” de los casos¹⁰. Aunque la expresión “inter-nacionalidad” parece contradecirse con el escaso o nulo empleo del punto de conexión nacionalidad que se hace en muchos países, como la Argentina, la palabra nacionalidad cubre una realidad sumamente compleja, de la cual pueden tomarse como referencias de contacto aspectos muy diversos, que consideramos sociológicos, normológicos y dikelógicos .

En la dimensión sociológica, la nacionalidad puede corresponder a un *querer* o a un despliegue más fáctico del mero *vivir* en un régimen. El querer puede ser el del propio sujeto nacional o el de otra persona. La autonomía conflictual es una muestra de nacionalidad sociológica por el querer que la propia vida sea regida en el aspecto de referencia por el Derecho elegido. Otros puntos de conexión, como la residencia habitual, el domicilio, el lugar de celebración, el lugar de cumplimiento, etc., suelen expresar que en cuanto esos aspectos se posee nacionalidad con miras a la capacidad, la forma o validez intrínseca de los actos, etc. En este sentido, el domicilio es en gran medida la nacionalidad “privatista”.

10. Cabe v. nuestras «Reflexiones acerca de la actividad de las empresas trasnacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho Internacional Privado» (en base a «La penetración de empresas multinacionales en relación al mundo jurídico y el Derecho internacional Privado», comunicación presentada por el autor a las Jornadas de Derecho de la Integración, Universidad de Belgrano), en «Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones», N° 43, págs. 1 y ss.

La nacionalidad de los casos nace en ellos mismos, pero una visión relativamente sintética del juicio normativo lleva a tratarla en el «puente» entre las causas y los puntos de conexión.

En la dimensión normológica, la nacionalidad posee un despliegue *formal*, de nacionalidad asignada, y otro más difuso que se constituye en que la *vida* de una persona sea cubierta por las normas de un ordenamiento normativo. La nacionalidad formal, más vinculada a la estructura normativa de un Estado, tiene más carácter publicista. Tal vez en ese sentido pueda afirmarse que el Derecho anglosajón, más afín al despliegue capitalista, utiliza en mayor medida un punto de conexión más fáctico como el domicilio, en tanto los Derechos “continentales” (romano-germánicos) suelen preferir un punto de conexión con más carga ideológica como la nacionalidad.

En la dimensión dikelógica, donde cabe considerar los despliegues de valor de la nacionalidad: se la puede reconocer como «*derecho*» y como «*deber*». Entre los títulos de la nacionalidad derecho se encuentran los servicios prestados y la necesidad de vivir en un país; entre los títulos de la nacionalidad deber se hallan los beneficios recibidos y la necesidad que tiene un régimen de nuestra propia participación. La nacionalidad deber se puede considerar también en la perspectiva de la nacionalidad *responsabilidad*. Los puntos de conexión de más autonomía suelen apoyarse más en la nacionalidad derecho, en tanto que los de mayor autoridad tienen que basarse más en la nacionalidad deber.

c') El enjuiciamiento de la relación

6. Atendiendo a los criterios de corrección o incorrección de las relaciones entre las causas y los puntos de conexión¹¹ -acerca de los cuales creemos necesario «construir» criterios básicos de fundamentación- pueden reconocerse vinculaciones de *correspondencia* y de *yuxtaposición*¹².

La correspondencia, relación considerada «correcta» entre la causa y los puntos de conexión, puede producirse por *afinidad* o por *derivación*, sea ésta por *subsidiariedad* o *atracción*. La correspondencia por afinidad significa que la causa y el punto de conexión tienen el mismo carácter, por ejemplo, que una causa que se estima personal profunda, como la capacidad, es tratada con un punto de conexión personal profundo, como el domicilio. La correspondencia por derivación subsidiaria significa que no se ha podido establecer la correspondencia afín y se busca otra que la reemplace, v. gr. cuando por no conocerse el domicilio se recurre a otro punto de conexión relativamente afín, como la residencia. La correspondencia por derivación

11. En consecuencia, también con los Derechos conectados.

12. Es posible v. nuestro estudio «Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión», en «Juris», t. 80, págs. 298 y ss.

alternativa se produce cuando hay varias opciones relativamente afines, como los diversos lugares de celebración de un acto entre ausentes y se opta por uno, v. gr., el que refiere al Derecho más favorable a la validez del acto. La internacionalidad más nítida se logra a través de la correspondencia por afinidad.

La yuxtaposición, relación considerada incorrecta entre la causa y punto de conexión, puede producirse por liso y llano *desarraigo*, por ejemplo, cuando a una causa personal profunda como el régimen de efectos del matrimonio relativos a bienes, se responde con un punto de conexión real, como la situación de los bienes. Asimismo puede suceder por perturbaciones en la causa, que es *destrozada*, como sucede cuando la sucesión en la persona es sometida a los distintos Derechos que indican los lugares de situación de los bienes, o por perturbaciones en los contactos, según ocurre en la *promiscuidad* en que entre diversos puntos legítimos se introduce alguno ilegítimo, v. gr., si junto al sometimiento de la causa personal profunda capacidad a los Derechos indicados por los puntos personales profundos nacionalidad o domicilio se introduce el Derecho indicado por el contacto real situación de los bienes.

7. En el horizonte de las relaciones entre las características positivas y negativas del antecedente y de la consecuencia jurídica, el rechazo del fraude a la ley y la reserva del orden público son respectivas manifestaciones «*paraculturales*» en cuanto a la «*cultura*» de las vinculaciones internacionales, con las que se preserva la identidad de los Estados. En cambio, el orden público «a priori» es un avance de la «*cultura*» de identidad del Estado frente a la que resulta de cierto modo «*paracultura*» de las relaciones internacionales.