

COMPRESION FILOSOFICO-HISTORICA DE LA EVOLUCION DE LAS FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(La construcción del Derecho Internacional Privado en tiempos de la internacionalidad intensa, la integración y la globalización)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

a) **Nociones fundamentales: las fuentes reales y la evolución el Derecho Internacional Privado**

1. Si se tienen en cuenta la propuesta de la *teoría trialista del mundo jurídico*, de construir el objeto de la ciencia del Derecho atendiendo a las dimensiones sociológica, normológica y axiológica y su correspondiente noción de norma, como captación lógica de un reparto proyectado hecha del punto de vista de un tercero, las *fuentes reales* de las normas son los *repartos*¹. Las normas reflejan desde el punto de vista lógico la tensa realidad de las conductas de seres humanos que adjudican lo que favorece o perjudica al ser, y en particular a la vida, es decir, los «repartos».

(*) Profesor de Derecho Internacional Privado Profundizado y Filosofía del Derecho Privado de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.
En el amistoso recuerdo de Pablo Werner Schlosshauer.

1. Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filo-

La teoría trialista está construida en gran medida con el propósito de mostrar la relación de la *lógica* de las normas con la *realidad social* y su despliegue *histórico*. El desconocimiento del sentido social e histórico del Derecho puede tener graves significados de ocultamiento de intereses que conviene considerar y de parálisis de la comprensión jurídica.

Las fuentes reales de las normas son *materiales* (los repartos mismos) o *formales* (las autobiografías de los repartos hechas por los mismos repartidores -constituciones formales, tratados, leyes, sentencias, contratos, etc.-). Las fuentes formales facilitan la construcción de la lógica de las normas y el logro de sus finalidades de *fidelidad* (porque se refleja con acierto el contenido de la voluntad de los repartidores), *exactitud* (porque ese contenido se cumple) y *adecuación* (porque los conceptos empleados sirven a los fines de los autores). La fidelidad normativa puede referirse también al ordenamiento normativo, captación lógica del orden de repartos en su conjunto (en él consiste en la expresión acertada del contenido de la voluntad de la comunidad respecto del orden de repartos deseado). Como es notorio, las autobiografías de las fuentes formales plantean los riesgos de dar normatividades infieles, inexactas o inadecuadas.

En la relación entre las fuentes formales y las materiales pueden detectarse, además de las fuentes formales cabalmente reales, las fuentes de *propaganda*, que se establecen con miras a convencer para que alguna vez se cumplan, y otras meramente *espectáculos*, que se dictan para aparentar, pero no para que se cumplan².

Según la facilidad o dificultad para su elaboración, las fuentes formales pueden ser más *flexibles* o *rígidas*; atendiendo a la intervención en la elaboración pueden ser más o menos *participativas* y conforme a su posibilidad de adaptarse a las diversidades de la realidad pueden ser más *elásticas* o *inelásticas*. La participatividad se relaciona estrechamente con la fidelidad del ordenamiento. Siempre es importante diferenciar a las fuentes formales según sus distintos caracteres en todos esos aspectos.

A la luz de la *teoría de las respuestas jurídicas*, es posible reconocer fenómenos dinámico: de «plusmodelación», «minusmodelación» y «sustitución» en lo conceptual y lo fáctico, que son apreciables asimismo en las fuentes reales y permiten

sofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; «La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

2. Puede v. nuestro artículo «Las fuentes de las normas», en «Revista de la Facultad...» cit., 4/6, págs. 232 y ss. (también en «Zeus», 6/IX/1983, t. 32, págs. D.103 y ss.).

advertir, por ejemplo, casos de «inflación», cuando se incrementan sólo los alcances conceptuales, v. gr., por mera multiplicación de las formas³.

Las fuentes formales suelen ser los instrumentos de referencia para la «recepción», es decir, el trasplante de una solución jurídica de un régimen a otro, sea en el tiempo, el espacio, o incluso la materia. Sin embargo, el trialismo permite apreciar con claridad que pueden producirse reacciones de asimilación o rechazo y que no basta con trasplantar fuentes formales para obtener realidades sociales semejantes⁴.

2. La evolución de las fuentes reales de las normas del Derecho Internacional Privado en las últimas décadas es un claro exponente del cambio histórico, podría decirse de «era» de la historia, que nos toca vivir⁵.

El Derecho Internacional Privado de la internacionalidad tradicional, constituida por *Estados independientes* respetuosos de la independencia de los demás y *relaciones* económicas, científicas, artísticas, religiosas, etc. suficientemente estrechas para requerir una compleja regulación jurídica, es diverso del de los tiempos de actuales, en que se intensifican esas vinculaciones llegándose a fenómenos de integración y globalización⁶. Las fuerzas y las relaciones de producción y en general toda la estructura cultural exceden los moldes de los Estados. El papel directo de éstos cambia y se debilita; sus vinculaciones se incrementan.

Sin desconocer las diversidades internas y su encubrimiento formal, el mundo de la internacionalidad tradicional podía representarse como un «damero», en el que las diferentes casillas correspondían a los Estados. Hoy, la nitidez de tales casillas y los límites entre ellas se van debilitando, aunque a veces sólo se trate de semejanzas formales impuestas por los sectores globalizados a los marginales, que no disponen -al menos- de las posibilidades de formalización.

3. Es posible c. nuestros «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976, págs. 51 y ss.
4. Cabe c. por ej. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Direito Civil», 8, págs. 73 y ss. y «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 9, págs. 33 y ss.
5. Pueden v. nuestros «Estudios de Historia del Derecho», Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.
6. C. por ej. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Karl ZEMANEK, «Derecho Internacional Público», trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss. Parece conveniente conceptualizar siempre «globalización/marginación». Puede v., en este mismo número de la «Revista», nuestro estudio «Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración».

El Derecho Internacional Privado clásico, expresaba el «equilibrio» de las relaciones privatistas entre los Estados a través del método indirecto, que resolvía los «conflictos de leyes». Hoy, el cambio de la realidad social incluye, además, el empleo del método directo, sobre todo al servicio de fenómenos de integración y de globalización, y la consideración de los conflictos de jurisdicción y la transposición procesal⁷.

b) La evolución de las fuentes formales

3. 1. Para cubrir los «espacios» jurídicos entre los Estados, constituidos con cierta frecuencia por contratos, como lo requerían los casos que excedían los respectivos marcos estatales, el Derecho Internacional Privado tradicional se valió en gran medida de respuestas de cada Estado a través de *leyes* y, sobre todo, de *sentencias*.

Aunque muchas veces dotadas de recursos técnicos no muy evolucionados, a menudo (como en el caso del Código Civil argentino) las leyes, también en cuanto al Derecho Interno, se dictaron con miras a mejorar las imágenes exteriores de los Estados.

En su carácter de materia nueva, el Derecho Internacional Privado tradicional se constituyó en el curso de numerosísimas soluciones jurisprudenciales (ocupando lugares muy destacados, por ejemplo, las de casos *Beauffremont*, *Forgo* y *Ponnou-cannamalle*).

No sería acertado desconocer la fuerte referencia al papel externo que tuvieron a veces fuentes superiores, según sucede con la Constitución Nacional argentina de 1853-60. Es claro que, como lo dice rotundamente el Preámbulo, nuestra «Carta Magna» fue dictada para asegurar los beneficios de la libertad a todos los hombres del mundo que quisieran habitar el suelo argentino. En el artículo 20 la Constitución consagró, de modo específico para los extranjeros a quienes se dirigía, los derechos reconocidos en el artículo 14 a la generalidad de los habitantes. Vale recordar que el autor de las «Bases» de la Constitución sostenía que gobernar es poblar y proyectaba una importante política inmigratoria. Sin embargo, las fuentes estatales predominantes en nuestra materia eran las leyes y las sentencias.

3. 2. A esas fuentes internas se fueron agregando acuerdos internacionales bi-

7. Es posible c. nuestros «Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado» («Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado», «Filosofía de la doble adjudicación como problema jurídico general y en especial en el marco jusprivatista internacional», «Filosofía del concurso internacional»), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

laterales e incluso multilaterales, con la valiosa vanguardia de los Tratados de Montevideo, importante exponente de la imagen que los países de la región -centrada de cierto modo en el Río de la Plata- procuraron dar al resto del mundo.

4. 1. El desenvolvimiento de la nueva intensidad de las relaciones internacionales, que culmina en los procesos de integración y globalización, ha provocado grandes transformaciones en el ámbito de las fuentes iusprivatistas internacionales⁸.

El incremento del tejido de *tratados*, que van llenando los espacios entre los Estados, incluso con caracteres de nueva «preestatalidad» mundial, es sorprendente. No dejan de tener alta significación la «penetración» de la internacionalidad a través de los tratados en la propia Constitución y el ascenso de su lugar en la jerarquía de las fuentes, según lo exhibe la «Carta Magna» argentina.

El crecimiento de las fuentes convencionales de la Conferencia de La Haya, de las CIDIP y de la ONU es altamente significativo, pero también lo es la presencia de los tratados de la integración, que complementan complejos de fuentes de nuevos tipos elaboradas en los procesos respectivos.

La «constitución material» del nuevo régimen mundial, de cierto modo en estado «hobbesiano» de concentración del poder, se manifiesta en los Acuerdos de Marrakech.

Como ocurrió en la formación de los Estados modernos-nacionales antes de la codificación del Derecho Interno, entre los tratados hay fenómenos de anarquía, que se manifiestan en la pluralidad de fuentes a veces discordantes o al menos de discutible necesidad.

4. 2. Las *leyes* han progresado, en especial con miras a la regulación del Derecho Internacional Privado (casos de Suiza, Alemania, Quebec, Italia, Venezuela, etc.), pero también adquieren nítida significación de más clara inserción internacional las propias codificaciones del Derecho Civil y Comercial, como sucede con el

8. V. por ej. DREYZIN DE KLOR, Adriana - URIONDO DE MARTINOLI, Amalia (rec.), «Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional», Bs. As., Zavalía, 1996.

9. La forma suele existir en tensas relaciones con el contenido y el exterior. A su vez, puede consolidar pero también «cristalizar». No entramos a discutir la conveniencia o inconveniencia de «re-formalizar» el Derecho Civil y Comercial argentino, pero cabe destacar que las ventajas «exteriores», que permitirán hacer más cognoscible y elegible el Derecho argentino desde el exterior, son más evidentes que las «internas», donde al menos hay que computar las dificultades para que el nuevo régimen sea conocido por la generalidad de los abogados y los riesgos de disminuir la dinámica de elaboración de soluciones.

proyecto de Código actualmente en debate en la Argentina⁹. Los Estados se esfuerzan de modo creciente por proyectarse al exterior e incluso mostrar en ese enfoque la mejor imagen posible.

Los avances del «*espíritu del pueblo*» en el ámbito internacional, concretados en la Argentina por grandes progresos doctrinarios y jurisprudenciales que se lograron en mucho a partir de la gigantesca obra de Werner Goldschmidt, hacen que la codificación del Derecho Internacional Privado, contenida en nuestra circunstancia en el perfectible pero valioso Libro VIII del proyecto de Código Civil, resulte claramente muy beneficiosa¹⁰.

El Libro VIII es en gran medida la formalización de la realidad actual del Derecho Internacional Privado argentino.

4. 3. La sentencia ha ganado espacio como vía para resolver la gran cantidad de casos que se presentan, pero de cierto modo lo ha perdido ante el progreso de fuentes superiores. Los *contratos* han avanzado en su carácter de instrumentos de los nuevos espacios de mercado, al punto que no sólo eligen los Derechos aplicables sino que procuran liberarse de los Estados en la «autonomía universal» y buscan solucionar los conflictos por vías ajenas a éstos¹¹.

c) La evolución de las fuentes materiales

5. También en el ámbito de las fuentes materiales del Derecho Internacional Privado se ha producido un gran cambio, evidenciado por ejemplo por el incremen-

10. Sin desconocer la posible conveniencia de dictar el Código Civil nuevo en su totalidad, cabe puntualizar que si se tienen en cuenta los *niveles de la conciencia social* respecto del Derecho, en los que cabe diferenciar a los *especialistas*, los *abogados en general* y el *resto de la población*, se advierte: a) que en el Derecho Internacional Privado el consenso de los especialistas respecto del Libro VIII puede ser más amplio que en el Derecho Privado Interno Civil y Comercial; b) que el conocimiento no dependiente de los especialistas que tiene la generalidad de los abogados respecto del Derecho Internacional Privado es mucho menor que el del Derecho Privado Interno Civil y Comercial, de modo que lo que puede «perdersé» al respecto en la codificación iusprivatista internacional es menos significativo. Es notorio que en el resto de la sociedad el conocimiento seguirá refiriéndose a pautas culturales generales que no variarán.

Cabe tener en cuenta SAVIGNY, F. de, «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho», trad. Adolfo G. Posada, Bs. As., Atalaya, 1946. págs. 53 y ss.

11. 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.

to de la «*lex mercatoria*» e incluso, como lo evidencia la obra de Unidroit, la *doctrina* -que es habitualmente fuente de conocimiento- tiende a convertirse en fuente real material. El debilitamiento del papel del Estado muestra un panorama de fuentes relativamente parecido al que existió antes de su tarea de monopolizar la elaboración de las fuentes de las normas.

d) Horizonte estratégico y general

6. Las transformaciones de las fuentes del Derecho Internacional Privado han de ser comprendidas y resueltas dentro de un gran planteo *estratégico* que resuelva de la manera más valiosa posible la inserción que se busca en el exterior.

La Argentina ha de considerar, por ejemplo, la medida en que desea tener una proyección más dirigida a la obra americana de la CIDIP, más referida al centro de gravedad europeo de la Conferencia de La Haya, más abierta a la obra de pretensión mundial de la ONU, etc.¹². Ha de atender al grado en que buscará más construcción «mercosureña» -a su vez con más bases internacionales o de mayor desenvolvimiento específico de las respuestas de integración-, mayor orientación al ALCA, más apertura general a la globalización, etc.¹³

7. 1. Aunque no hay que desconocer las particularidades de los contenidos, por ejemplo de internacionalidad, integración o globalización, en general el cambio de tipo de fuentes formales, con el avance y la multiplicación de los *tratados*, tiene un profundo significado, que coloca al Derecho Internacional Privado y al Derecho en general en condiciones que importa mucho considerar.

Vale apreciar el avance en las posibilidades de *exactitud*, por el imperio de las fuerzas mundiales que suelen orientar los tratados, pero también el riesgo para la *fidelidad* local de los ordenamientos normativos (ya que los tratados son elaborados por las autoridades ejecutivas, a menudo más permeables a las imposiciones externas, pero hay menos intervención de los representantes legislativos).

A través de los tratados hay oportunidades mayores para la flexibilidad externa y para la rigidez interna; una disminución de la *participación* popular y cierta cri-

12. Un punto que merece consideración es el grado de especificidad que se buscará para el Derecho Internacional Privado americano a través de las CIDIP.

13. Es posible v. nuestro estudio «El Derecho Internacional Privado ante los procesos de integración. Con especial referencia a la Unión Europea y al Mercosur», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

sis de la elasticidad para atender a las diversidades de los pueblos. La multiplicación de los tratados corresponde, a veces, a fenómenos de *inflación* formal que desorientan en el mundo de los repartos. En ciertos casos, incluso los expertos no saben bien a qué fuentes remitirse.

Tampoco hay que desconocer la problemática de las nuevas fuentes materiales. El empleo de la *lex mercatoria* tiene, por ejemplo, rasgos análogos de flexibilidad externa y de reducción de la participación general.

La *recepción* formal de modelos jurídicos, del sistema económico capitalista liberal y de culturas de raíces diferentes origina un importante requerimiento de asimilación, con grandes riesgos de rechazo de dichos paradigmas. Se producen realizaciones valiosas, pero también hay peligros de inexactitud, de infidelidad del ordenamiento normativo y de escasa participación.

7. 2. El proyecto de Libro VIII de Código Civil, con sus calidades de fidelidad del ordenamiento y de participación -a demostrar en el debate doctrinario y el propio tratamiento parlamentario- y respondiendo a raíces asimiladas y desarrolladas en nuestro medio, supera muchos de los cuestionamientos que podrían hacerse a partes del Derecho Internacional Privado actual. No se opone al modelo económico liberal y admite expresamente la autonomía de las partes, pero a nuestro parecer para alcanzar soluciones valiosas no debe procurarse el enfrentamiento sino el reencauzamiento de ese paradigma, y creemos no sólo que están dados los mecanismos para evitar excesos (incluyendo el recurso final al orden público) sino que es importante que la Argentina pueda asumir un lugar más *reconocible* y *acceptable* en el concierto mundial.

7. 3. Uno de los grandes interrogantes de este tiempo se refiere al éxito que llegará a tener la presión que se ejerce sobre las culturas no globalizadas. No sólo la presión material, sino la *presión formal* que se impone desde el mundo globalizado es muy grande, pero el sistema que la produce es también muy poderoso. Al emplear tratados y sobre todo al valerse también del método directo, el Derecho Internacional Privado, que no debe dejar de ser al menos en parte -como lo señaló Goldschmidt- derecho de la tolerancia¹⁴, avanza, a veces, en el ejercicio de esa presión¹⁵.

14. Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia», 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1988.

15. En nuestros días es muy relevante saber si al fin el sistema económico condicionará al sistema democrático o a la inversa. La Historia y la Filosofía del Derecho tienen mucho que aportar en el debate al respecto. De acuerdo con el principio supremo de justicia que expone el trialismo, nuestras preferencias personales se orientan en el segundo sentido.