

SIGNIFICADOS JUSFILOSOFICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL  
PRIVADO Y SUS PROBLEMAS GENERALES

Miguel Angel CIURO CALDANI (\*)

1. El conocimiento científico y filosófico se diferencia del vulgar (en el complejo integrado del saber) por el "afinamiento" de sus preguntas y sus respuestas; a su vez, toda pregunta para ser tal debe constituirse resguardando sus alcances respecto de la mera duda y toda respuesta ha de ser controlada para que se mantenga dentro de los alcances de la pregunta, evitando que la "respuesta" sin pregunta se constituya en "dogma" (1). En la dimensión normológica del mundo jurídico, la pregunta y la respuesta se "afinan" en las respectivas características positivas del antecedente y la consecuencia jurídica, en tanto que la exclusión de la mera duda y del dogma se manifiesta en las pertinentes características negativas (2). En el marco del Derecho Internacional Privado en sentido estricto (3), la pregunta se refiere al tratamiento a dar al elemento extranjero y la respuesta establece que ha de ser respetado mediante la imitación del Derecho con que se vincula; el "afinamiento" de la pregunta se produce principalmente a través de los problemas de las calificaciones y la cuestión previa y mediante el rechazo del fraude a la ley, que

pretende exceder los marcos de la pregunta, despi<sup>stan</sup> dola en la mera duda; el perfeccionamiento de la respuesta se obtiene a través de la individualización del Derecho extranjero aplicable y con la intervención del orden público, que rechaza las respuestas donde, bajo la apariencia de diversidades "internacionales", se ataca lo que se considera inherente a la condición humana (4).

En el campo de las disciplinas filosóficas, los planteos metafísicos tienen un nivel de profundidad que no los hace especialmente promotores del Derecho Internacional Privado; son en principio enérgicamente hostiles al fraude a la ley y poseen, en cambio, estrecho parentesco con el orden público (5). En cambio, la ontología y sobre todo la gnoseología y la axiología significan un nivel de planteo más afín al Derecho Internacional Privado, guardando en general mayor "distancia" entre sujeto y objeto, y quizás no sea irrelevante que la axiología se ha desarrollado en el tiempo de la segunda "hora estelar" de nuestra materia. En este nivel, el rechazo del fraude a la ley no es tan intenso y la referencia al orden público tiene menos firmeza.

La existencia del Derecho Internacional Privado, con el debido reconocimiento de las diversidades internacionales, gana espacio cuando imperan concepciones moderadamente empiristas. Las concepciones empiristas son más abiertas a las soluciones más "internacionales", que resuelven el problema de las calificaciones según la "lex civilis causae", la cuestión previa con criterio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero aplicable, según la teoría del uso jurídico; en estas orientaciones empiristas puede haber menos estrictez en el re

chazo del fraude a la ley y en el recurso al orden público. En cambio, los planteos racionalistas son más afines a resolver el problema de las calificaciones conforme a la "lex civilis fori", la cuestión previa con criterio jerarquizador y la individualización del Derecho extranjero aplicable con referencias normativas, principalmente legislativas; en estos enfoques hay más estrictez en el rechazo del fraude a la ley y más afinidad con el desarrollo del orden público, incluso con caracteres "aprioristas". Sin embargo, cuando el sentido práctico se radicaliza y se llega al pragmatismo, la consideración de los problemas generales del Derecho Internacional Privado disminuye, y en esta línea de observación puede comprenderse que ninguna de las grandes cuestiones referidas ha sido descubierta en los marcos fuertemente empiristas del pensamiento anglosajón (6). Tampoco el racionalismo radical siente necesidad de la compleja problemática general del Derecho Internacional Privado, evidenciada cuando se toma contacto sin prejuicios con los casos jusprivatistas internacionales.

En relación con el enfoque axiológico, la respuesta jusprivatista internacional, que surge de un "distanciamiento" moderado del elemento extranjero, tiende a corresponder a un objetivismo "circunstanciado" (7). Es al hilo de esta posición que el problema de las calificaciones tiene más posibilidades de ser resuelto según la "lex civilis causae", la cuestión previa puede encararse mejor con una pauta de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero aplicable puede desarrollarse con más "chances" según la teoría del uso jurídico. Con tal enfoque objetivista "circunstanciado", el fraude a la ley y el orden público pueden resolverse de maneras equilibra

das, dando en este último caso la debida preferencia básica al orden público "a posteriori". En cambio, el subjetivismo individualista, al estilo existencialista, tiende a radicalizar las "distancias" y el subjetivismo colectivista historicista y el objetivismo apriorista se inclinan, por diversas vías, a hacerlas desaparecer. El existencialismo es relativamente proclive a admitir el fraude a la ley y a no comprender la problemática del orden público; en tanto, el historicismo tiende a bloquear más enérgicamente los caminos del fraude a la ley y a ampliar los alcances del orden público. No es por azar que éste fue descubierto por el historicista Savigny, quien incluyó en él a las instituciones desconocidas (8). El objetivismo apriorista puede llegar a generar exageradas inclinaciones fraudulentas contra los regímenes que considera injustos, pero en general tiende a rechazarlas y a dar, también, alcances desbordantes al orden público.

El mero desarrollo de la lógica formal puede desjerarquizar las diversidades jusprivatistas internacionales, pero en cambio el rigor lógico ilumina las posibilidades de descubrimiento y comprensión de los problemas generales de la materia, al punto que todos ellos, salvo el orden público, se han manifestado en marcos de Derechos sistematizados en códigos.

2. Desde el punto de vista jurístico sociológico, el Derecho Internacional Privado significa cierta "ejemplaridad" apoyada en la racionalidad de que repartan los repartidores más vinculados con los diversos elementos presentes; aunque esa ejemplaridad desborda los alcances de la planificación gubernamental existente a nivel

local. En términos de valores jurídicos, puede decirse que nuestra materia se constituye a través de un orden más solidario que previsible, con alcance internacional, aunque con cierto detrimento del orden local. Las exigencias de la solidaridad "internacional" llevan a resolver el problema de las calificaciones según la "lex civilis causae", la cuestión previa con criterio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero conforme a la teoría del uso jurídico. El fraude a la ley evidencia una crisis de la racionalidad, que tiende a debilitar al orden de repartos también en el marco internacional, en tanto el orden público desarrolla el orden local, aunque con detrimento del orden internacional, al que procura superar mediante ciertos criterios más "humanos" planificados localmente.

En relación con el enfoque jurístico normológico, el Derecho Internacional Privado significa una integración, de estilo relativamente contractual, del contenido de las instituciones de unos países en otros. En cuanto se refiere al ordenamiento normativo, se trata de un fuerte predominio de las relaciones horizontales entre normas de diversos países, sobre todo en atención a su producción por los repartidores más vinculados con los casos, de modo que se realizan los valores respectivos, infalibilidad y concordancia. Hay, por su parte, cierto detrimento de las relaciones verticales locales, con sus valores pertinentes subordinación e ilación y, en definitiva, de la coherencia local. Cuando se desarrollan esa integración entre instituciones y las relaciones horizontales entre normas del Derecho invocado y del Derecho local, el problema de las calificaciones se resuelve según la "lex civilis causae", la cuestión previa con cri-

terio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero aplicable según la teoría del uso jurídico.

El fraude a la ley significa un abuso del paradigma contractual, que procura convertir en negocio jurídico lo que el legislador pensó más institucionalmente, como acto o hecho jurídico (9), y el orden público corresponde a un desenvolvimiento de estilo reforzadamente institucional. La solución del problema de las calificaciones según la "lex civilis fori", de la cuestión previa con criterio jerarquizador y de la determinación del Derecho extranjero aplicable con referencias normativas legislativas responde, con diferentes intensidades, a abusos en la búsqueda de la coherencia. En los dos primeros casos esta búsqueda se concreta por defecto y posible desvío de las relaciones horizontales internacionales y en el tercero por una regresión en las relaciones verticales respectivas. El fraude a la ley es una desviación de las vinculaciones horizontales y el orden público expresa un importante avance de las relaciones verticales del propio ordenamiento, con un refuerzo de la realización del valor coherencia (10).

Desde el punto de vista jurístico dikelógico, la exigencia básica de justicia característica del Derecho Internacional Privado, que requiere el respeto al elemento extranjero mediante la aplicación del Derecho con el cual se vincula, exige -en tal sentido- que el problema de las calificaciones sea solucionado según la "lex civilis causae", la cuestión previa conforme a la teoría de la equivalencia y la determinación del Derecho extranjero por la teoría del uso jurídico. Las soluciones opuestas corresponden, de diferentes maneras, a avances "subversivos" del orden local y la coherencia contra la

justicia. El fraude a la ley es un avance de la utili  
dad (como relación de medio y fin) que, en cuanto la  
justicia se apoye en la legalidad, es una "arrogación"  
del material estimativo de la justicia. A su vez, el  
orden público es legítimo cuando, por la senda del  
amor (como valor supremo de la agregación), se llega  
a comprender a los protagonistas en su profundidad humana.

El Derecho Internacional Privado tiene cierto estilo  
de justicia consensual; el fraude a la ley es, en princi  
picio, un abuso de esta justicia consensual y el orden  
público es la más alta expresión que en nuestra materia  
tiene la justicia extraconsensual. El Derecho Internacion  
al Privado se apoya en la justicia con acepción (conside  
ración) de personas, cuando éstas son calificadas es-  
pecialmente por integrarse con elementos extranjeros;  
el fraude a la ley pretende introducir un desarrollo exce  
sivo de la justicia con acepción de personas y el or-  
den público significa un avance de la justicia sin acepci  
ón de personas.

Con relación a los despliegues internacionales de  
los casos, la solución de las calificaciones según la  
"lex civilis causae", de la cuestión previa conforme  
al criterio de equivalencia y de la determinación del  
Derecho extranjero de acuerdo con la teoría del uso juri  
dico corresponde a desfraccionamientos, generadores  
de cierta inseguridad, pero realizadores de mayor justici  
a, en tanto las soluciones opuestas, de la "lex civili  
s fori", la jerarquización y la referencia normativa  
legislativa significan fraccionamientos generadores de  
seguridad, a costa del indebido sacrificio de la justici

cia. Por su parte, el fraude a la ley procura introducir la consideración de rasgos que no son tenidos en cuenta en la ley burlada, generando al respecto inseguridad, y el orden público corta la consideración de dicha extranjería, produciendo seguridad en el marco local (aun que inseguridad en el campo internacional).

El Derecho Internacional Privado se basa en la legitimidad de los repartidores más vinculados con los casos que, como tales, significan ciertos grados de autonomía (por un acuerdo por lo menos oculto de los interesados, "criptoautonomía") y de aristocracia (por una superioridad respecto de los objetos e incluso las formas de los repartos, en virtud de su mayor comprensión de la realidad). Es al hilo de tal legitimidad que se hacen más significativas las soluciones de la "lex civilis causae", la equivalencia y la teoría del uso jurídico. El fraude a la ley procura para sus protagonistas un grado de autonomía mayor que el asignado por la ley, cuestionando la legitimidad de los repartidores a los que ésta se remite. Por su parte, al introducir un grado de autoridad mayor que el de las soluciones jusprivatistas internacionales comunes, la imposición del orden público significa la necesidad de una legitimidad especial para dicha autoridad, que puede obtenerse sobre todo por la vía aristocrática, es decir en la medida que lo impuesto como orden público sea francamente superior a la solución extranjera.

En relación con el régimen de justicia, el Derecho Internacional Privado significa respeto a la unicidad de cada hombre (y al espíritu del liberalismo político, que se apoya en ella). Es en virtud de esa unicidad que se legitiman las soluciones reiteradamente destacadas,

de la "lex civilis causae", la equivalencia y el uso jurídico. Las soluciones opuestas ignoran esa unicidad, avanzando ilegítimamente en las sendas de la igualdad y la comunidad; el fraude a la ley pretende el desborde de la unicidad y el orden público la niega, por vías que atienden más a la igualdad. El Derecho Internacional Privado es un "Derecho de la tolerancia"(11), cuyo desarrollo exige las soluciones repetidamente recomendadas; el fraude a la ley pretende introducir un clima de mera indiferencia y el orden público significa un a vance del marco de autoridad (12).

En el marco del "sistema jurídico" en su conjunto(13), el Derecho Internacional Privado es el Derecho Privado de los casos internacionales, o sea que su denominación más estricta (quizás hoy innecesaria, por la consagración histórica de sus contenidos) es "Derecho Privado Internacional". La "lex civilis fori", la jerarquización, las referencias meramente normativas y legislativas y el orden público son avances (de diferentes senti dos) de lo "privado" respecto de lo internacional; el fraude a la ley es en sí un abuso de la internacionalidad. Las afinidades del fraude a la ley con la autonomía ansiada por las partes y la referencia del orden público a un nivel más profundamente humano, permiten que ambas realidades "límitrofes" con el Derecho Internacional Privado sean denominadas con mayor precisión "Dere cho Privado Internacional".

3. El Derecho es, desde cierta perspectiva, un fenómeno cultural (14). El Derecho Internacional Privado es un marco integrado de coexistencia de diversas culturas, que busca sus sentidos a través de los problemas de las

calificaciones, la cuestión previa, la determinación del Derecho extranjero, etc. y procura evitar su desviación mediante el rechazo del fraude a la ley y su superficialización con la intervención del orden público. De alguna manera puede afirmarse que los problemas de las calificaciones, la cuestión previa y el reenvío corresponden respectivamente a la "depuración" conceptual, material y espacial del sentido del respeto al elemento extranjero. Como en todos los contactos de culturas, hay en el Derecho Internacional Privado tendencias correctamente cosmopolitas y desviadamente universalistas y chauvinistas. Las primeras conducen a solucionar las calificaciones según la "lex civilis causae", la cuestión previa con criterio de equivalencia y la determinación del Derecho extranjero según el uso jurídico. Las tendencias universalistas abusan del Derecho Comparado y aceptan más el fraude a la ley. Las corrientes chauvinistas se inclinan por la "lex civilis fori", adoptan referencias más normativistas y legalistas y abusan del orden público, dándole con excesiva frecuencia alcances aprioristas(15).

Dentro de las corrientes filosófico-políticas, cabe señalar, por ejemplo, que el Derecho Internacional Privado tiene su mejor ámbito cuando se admite la jerarquía jurídica de las adjudicaciones autónomas y autoritarias y se participa de corrientes moderadamente organicistas, que reconocen al hombre como "animal social", pero también a la especie humana en su carácter indiferenciado. El fraude a la ley encuentra más cauce en las orientaciones anarquistas y en las posiciones pactistas y, en cambio, el orden público posee más posibilidades si se piensa en términos coactivistas y organicistas radicales.

En relación con la vida económica, la relativa "apertura" de la economía capitalista y su mayor búsqueda de la utilidad resultan de cierto modo más afines al Derecho Internacional Privado, pero también a la práctica del fraude a la ley, y ~~tiene~~ menos simpatía por el orden público. En cambio, los regímenes feudales son menos inclinados a las soluciones jusprivatistas internacionales y más hostiles al fraude a la ley y se orientan en mayor medida a la intervención del orden público.

El estilo de pensamiento "filosófico", con su vocación por la pregunta constantemente renovada, es en general más afín al Derecho Internacional Privado que el pensamiento "re-ligioso". En general, el fraude a la ley es de cierto modo más admisible para las actitudes filosóficas y es más firmemente rechazado por las posiciones religiosas; a la inversa, el orden público es menos simpático a las actitudes filosóficas y más afín a las orientaciones religiosas.

Creemos que existe cierta relación entre el respeto descollante del cristianismo por la persona humana y el desarrollo del Derecho Internacional Privado, que se produjo en marcos de cultura cristiana. El catolicismo tiene afinidad con el Derecho Internacional Privado por su carácter universal, pero su vocación comunitaria es no sólo especialmente hostil al fraude a la ley sino, a veces, proclive a incrementar el desarrollo del orden público. A su vez, el calvinismo en sus despliegues más individualistas deja cierto espacio mayor al fraude a la ley y es menos afín a la idea de orden público. Quizás su sentido frecuentemente más "práctico" contribuya a que no siempre le sea simpático el esfuerzo de abstrac

ción que requieren los problemas generales de nuestra materia (16).

El Derecho Internacional Privado corresponde a un estilo de organización de carácter "internacional"(17). Hoy, con la formación de un "imperio" cada vez más extenso, con menos diferencias entre sus partes, el fraude a la ley se hace menos tentador pero más permitido y la universalidad avanza desorientando el recurso al orden público, que se invoca y omite ilegítimamente.

\*\*\*\*\*

- (\*) Investigador del CONICET.
- (1) V. acerca de la importancia de la pregunta, por ej. HESSEN, Johannes, "Tratado de Filosofía", trad. Juan Adolfo Vázquez y otros, Bs. As., Sudamericana, 1970, págs. 33 y ss.; también puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios Jusfilosóficos", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986, págs. 21 y ss.
  - (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 204 y ss.; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs.As., Depalma, 1988, págs. 85/86.
  - (3) 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.
  - (4) Es posible v. BATIFFOL, Henri, "Aspects philosophiques du droit international privé", Paris, Dalloz, 1956; GOLDSCHMIDT, Werner, "Sistema y Filosofía del

Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJE, 1952/54; PARDO, Alberto Juan, "Derecho Internacional Privado- Parte General", 2a.ed., Bs.As., Ghersi, 1988; CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss.; "Meditaciones trialistas sobre el orden público", en "Jurisprudencia Argentina", 1977-II, págs. 711 y ss. y "Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.

- (5) V., acerca de las disciplinas filosóficas, por ej. HESSEN, op. cit., págs. 26 y ss.  
Conviene aclarar que nos referimos en general a correspondencias relativas, que no excluyen otros enfoques también importantes.
- (6) V. VALLADAO, Haroldo (Professor), "Direito Internacional Privado", 4a. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol.I, 1974, págs. 82 y ss., 117 y ss. y 139 y ss.
- (7) Al estilo del criticismo jusnaturalista del trialismo (v. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., pág.383).
- (8) SAVIGNY, F.C., "Sistema del Derecho Romano actual", trad. Ch. Guenoux-Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 142 y ss.(CCCXLIX).
- (9) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit.,pág.111.
- (10) Puede c., en nuestros "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.I, 1982, págs.81 y ss.
- (11) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit.
- (12) La "lex civilis fori" es también una clara expresión de clima de autoridad.

- (13) Es posible v. nuestras "Perspectivas..."cit., págs. 11 y ss.
- (14) V. por ej. COSSIO, Carlos, "La teoría egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", 2a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, 1964; "Radiografía de la teoría egológica del Derecho"(con una "Introducción a la fenomenología egológica" por Daniel E. Herrendorf), Bs. As., Depalma, 1987.
- (15) Las tendencias universalistas actuales se manifiestan tan más en la búsqueda de soluciones uniformes o de autonomía "universal" que en relación con los problemas generales de la norma indirecta. A su vez, las tendencias chauvinistas se orientan más hacia las soluciones materiales y, sobre todo, las leyes de aplicación inmediata que hacia las cuestiones de la norma indirecta.
- (16) En relación con el tema, puede v. RIEDMATTEN, Henri de, O.P., "Le catholicisme et le développement du droit international", en "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International, t. 151, págs. 115 y ss.; KOIJMANS, P. H., "Protestantism and the Development of International Law", en *id.*, t. 152, págs. 79 y ss.; no obstante, puede c. también, por ej. JAYATILLEKE, K. N., "The Principles of International Law in Buddhist Doctrine", en *id.*, t. 120, págs. 441 y ss.
- La actitud "práctica" se acentúa cuando el calvinismo confluye con la herencia empírica de raíz occamista.
- (17) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 505/506; VERDROSS, Alfred, "Derecho Internacional Público", trad. Antonio Truyol y Serra, 4a.ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.