FACULTAD DE DERECHO

ACERCA DE LA CALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

Werner Goldschmidt sentó, desde sus trabajos de juventud (1), las bases para diferenciar las cuestiones de la calidad del derecho extranjero y su tratamiento procesal, estrechamente relacionadas pero sin que la primera determine la solución de la segunda (2). A su vez, la comprensión trialista del mundo jurídico, elaborada años después (3), permite reconocer en sus debidos alcances qué significan los conceptos de "derecho" y "hecho" utilizados para determinar la calidad del derecho extranjero.

Es notorio que el "derecho" es "derecho", pero el problema consiste en saber si por ser extranjero pierde alguno de los caracteres con los que identificamos la juridicidad. Si por derecho se entiende una solución dotada de coactividad, como lo sostienen muchas concepciones jusfilosóficas (4), el carácter extranjero y consecuentemente "extraterritorial", al privar de cierto modo de dicha fuerza coactiva, excluye consecuentemente la calidad jurídica. Sin embargo, para el trialismo la coactividad no es título para identificar el Derecho, reconociéndose en el mundo jurídico tanto repartos autónomos como autoritarios, de modo que la falta de fuerza coacti

va no disminuye la juridicidad.

Según lo muestra el trialismo, lo jurídico se identifica, en última instancia, por tratarse de repartos captados por normas y valorados (los repartos y las normas) por la justicia. En este sentido, cabe recordar que Werner Goldschmidt puso en cuestión la tridimensionalidad del derecho extranjero, llegando a sostener que -según su decir- nos parece sólo unidimensional (no tendríamos en consideración sino su orden de repartos)(5). Creemos, sin embargo, que -con la salvedad de las ideas que expondremos a continuación- también el derecho extranjero es tridimensional; se trata de una tridimensionalidad "enrarecida", al punto tal que el "centro de gravedad" del derecho extranjero parece desplazado relativamente a la dimensión sociológica, donde se sitúan los "hechos".

Para respetar al elemento extranjero, es necesario que la referencia a su dimensión normológica se limite por el deseo de averiguar la "sentencia" (mejor: el "reparto") que con el máximo grado de probabilidad dictaría el "juez" (mejor: el "repartidor") extranjero. Así, por ejemplo, el funcionamiento de la norma queda ceñido por el imperio de la tarea "conjetural" respecto de dicha "sentencia". Por lo demás, la dimensión dikelógica -que se evidencia, sobre todo, cuando se descarta el derecho extranjero por considerarlo contrario al orden público o por estimarlo lisa y llanamente injusto- es "reforzada" por la apertura a las soluciones extranjeras que exige la dimensión dikelógica del Derecho Internacional Privado propio. Puede decirse que la justicia del derecho extranjero es "infrajusticia" (6) habilitada por la justicia del Derecho Internacional Privado. Aunque el derecho extranjero sea "en sí" injusto, puede alcanzar

FACULTAD DE D... ROSARIO

a ser justo por esa "habilitación". De no existir la dimensión dikelógica del derecho extranjero, no habría la necesaria "afinidad" con el "espíritu" del Derecho Internacional Privado y resultaría frustrada la importancia de la concepción de la norma de conflicto como norma "indirecta" (7). No sin razón, Goldschmidt dijo que el mundo jurídico extranjero "nos parece" unidimensional (8).

Una vez hechas estas aclaraciones, puede admitirse con la teoría del uso jurídico, elaborada también por Goldschmidt, que el derecho extranjero -enrarecido en su tridimensionalidad- es el "hecho" de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez del país extranjero (9). Sin embargo, cabe señalar que no puede tratarse de una sentencia en abstracto, ante un imaginario caso desarraigado de la circunstancia nacional, sino de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero ante un caso como el que se presenta (10). Además, hay que apreciar, según las enseñanzas trialistas, que el derecho no se limita a las decisiones judiciales y hay que imitar la solución real, judicial o no, que con el máximo grado de probabilidad se produciría en el país extranjero. Esto abarca las posibilidades de que se trate de una solución administrativa, de una práctica extragubernamental, etc. Sin ignorar los riesgos de abandonar la referencia judicial e incluso la remisión estatal abriéndose a las infinitas posibilidades sociales, creemos que el derecho extranjero se sitúa, en definitiva, en el curso de toda la continuidad espacial de la vida.

El derecho extranjero es una expresión -enrarecida- del derecho "universal" (11). A medida que estamos aleja

dos de una solución sus despliegues más elevados se hacen menos apreciables para nosotros, pero nos es preciso, a la vez, respetar y "salvar" las distancias.

****

(*) Ideas de una clase de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

(**) Investigador del CONICET.

(1) V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935, pág. 9.

(2) Cabe tener en cuenta, por ej., GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed.,Bs.As., Depalma, 1988, págs. 131/132, 136 y ss. y 504 y ss.; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., Bs. As., EJEA, t.I, 1952, págs. 364 y ss. En el programa de la asignatura en nuestra Facultad, el tema de la calidad del derecho extranjero se aborda en la unidad séptima y el de su tratamiento procesal se considera en la unidad decimosexta.
También c., por ej., VITTA, Edoardo,"Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t I, 1972, págs. 217 y ss.; BATIFFOL, Henri, "Droit international privé", 5a. ed., con el concurso de Paul LAGARDE, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, t.I, 1970, págs.388 y ss.; MAURY, J., "Derecho Internacional Privado",trad. Lic. José M. Cajica Jr., Puebla, Cajica, 1949, págs.

FACULTAD DE DERECHO BIBLIOTECA ROSARIO

291 y ss.; PONSARD, André,"Loi étrangère", en "Répertoire de Droit International", Dalloz, Paris, t. II, 1969, págs. 263 y ss., Mise à jour 1979, págs. 198/199, Mise à jour 1981, págs. 230/231; además, v.gr., RIGAUX, François, "Derecho Internacional Privado-Parte General", trad. Alegría Borrás Rodríguez, Madrid, Civitas, 1985, págs. 329 y ss.; DAVID, Cyrille,"La loi étrangère devant le juge du fond", Paris, Dalloz, 1965.

(3) V. GOLDSCHMIDT,Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma,1987.

(4) V. por ej. VECCHIO, Giorgio del, "Filosofía del Derecho", trad. Luis Recaséns-Luis Legaz y Lacambra, 7a. ed., Barcelona, Bosch, 1960, págs. 331 y ss.

(5) GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., págs. 138/139. Con anterioridad Goldschmidt había expresado el carácter bidimensional (socio-normológico) del derecho extranjero (v. "Derecho..." cit., Bs.As.,El Derecho, 1970, pág. 151).En"El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos" -Bs. As.,de Belgrano, 1979, pág. 145- se pronunció de manera más acorde con la posición tridimensional.

(6) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t.II, 1984, págs. 168 y ss.

(7) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., 6a.ed., págs.81 y ss. Se interrumpiría la continuidad hasta la solución del caso.

(8) íd., pág. 139.

(9) GOLDSCHMIDT, "La consecuencia..." cit.; "Derecho..." cit., 6a.ed.,págs. 142 y ss. Creemos que la distinción del derecho extranjero como "hecho" está justificada para destacar que "aplicamos" el derecho propio e "imitamos" el extranjero (v. GOLDSCHMIDT, "De

recho..."cit., 6a.ed., pág.138). Se trata de un hecho "notorio".

(10) De otro modo, quizás podría decirse que se trata del equivalente, en la circunstancia del caso, de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero; pero nos parece que la fórmula propuesta en el texto evidencia más nítidamente el respeto al elemento extranjero.Se trata de una "equivalencia" apreciada con el sentido extranjero. Creemos que éste es el motivo por el cual Goldschmidt se refiere a la hipótesis en que al juez extranjero le hubiese tocado resolver sobre el particular ("Derecho..." cit.,pág. 143).

(11) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Lineamientos filosóficos del Derecho Universal", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979.