

COMPRESION JUSFILOSOFICA DEL DERECHO EXTRANJERO EN  
EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (\*)

Miguel Angel CIURO CALDANI(\*\*)

1. La remisión al Derecho extranjero a través de la norma indirecta de importación motiva la necesidad de comprender cabalmente el Derecho declarado aplicable, cuestión que, si bien ha recibido significativos estudios (1), puede comprenderse mejor cuando se emplean los recursos de una jusfilosofía de amplias proyecciones jurídicas, como la teoría trialista del mundo jurídico (2).

El maestro Werner Goldschmidt distinguía con pulcritud los problemas de la determinación del ordenamiento del país extranjero al que se ha hecho referencia, de la parte de ese ordenamiento que sea aplicable y del concepto en que se aplican en nuestro país partes de un ordenamiento extranjero (3). Sin embargo, a la luz de la teoría trialista del mundo jurídico que él fundó es posible encarar la comprensión del Derecho extranjero también desde otras perspectivas.

2. En primer lugar, en relación con las nociones jus-

filosóficas fundamentales, hay que reconocer si la extranjería del Derecho aplicable ha de ser pensada desde una perspectiva idealista genética, según la cual como objeto resulta en definitiva una creación del sujeto que la piensa, o con un enfoque realista genético, a través del cual es sólo descubierta por ese sujeto. Sólo en este último caso se aprecian debidamente las "distancias" vitales que nos separan de la extranjería y se comprende que no debemos pretender ser "artífices" del Derecho extranjero, sino sólo imitadores, como lo afirma la teoría del uso jurídico (4).

Aunque Goldschmidt sostuvo en cierto momento que el Derecho extranjero nos parece bidimensional socio-normológico y, al final, que aparenta ser unidimensional sociológico, ya en otras oportunidades hemos afirmado que también puede reconocerse en él una "tridimensionalidad enrarecida"(5). A nuestro parecer, las normas y la justicia del Derecho extranjero son significativas, pese a que aparecen condicionadas por la exigencia de imitación que, por ejemplo, "habilita"al encargado extranjero del funcionamiento de las normas y plantea una cuestión de "infrajusticia" o sea de un marco que la justicia deja para que lo determinen los propios protagonistas, en este caso, los protagonistas del Derecho extranjero (6). Compartimos que el Derecho extranjero posee calidad de "hecho", en gran medida porque no corresponde abrir juicio sobre la legitimidad de sus autores y sus contenidos y porque aparece, en cambio, como un dato de la vida, pero por ser jurídico posee siempre, de alguna manera, carácter tridimensional.

3. En cuanto a la dimensión normológica del mundo jurídico, se hace necesario en primer término reconocer

las fuentes del Derecho extranjero. La teoría del uso jurídico propone, con acierto, que con miras al respeto al elemento extranjero se vaya más allá de las leyes y se imite la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero. A nuestro parecer, ha de correrse el riesgo de abandonar el aparato estatal e imitarse, por los mismos fundamentos últimos de la teoría del uso jurídico, la solución concreta que el caso, tal como se plantea con sus contactos locales, tendría en el país extranjero. Hay países donde, por ejemplo, la administración de justicia posee un carácter real marginal y apearse a la probable sentencia aparta de la vida concreta.

La jerarquía de las fuentes ha de resolverse también con criterio realista, de modo que ha de atenderse a la fuente que en la realidad prevalecería en la vida extranjera y no a la jerarquía establecida formalmente. En definitiva importa la materialidad del reparto -que Goldschmidt pensaba judicial- dotado de la mayor posibilidad de realización.

Habiendo elegido la sentencia o, mejor, la solución concreta que el caso tendría con el máximo grado de proprobabilidad en el país extranjero, corresponde tener en cuenta si las normas que debería aplicar el artífice extranjero son exactas, o sea si se cumplen en la mayoría de los casos, para establecer cuál es la posibilidad de que se hubiesen cumplido en la cuestión que nos ocupa. La opción por la sentencia o la solución concreta, sea ésta cual fuera, significa optar por normas individuales que, como tales, realizan el valor inmediatez, superando las normas generales, que satisfacen el valor predecibilidad.

El carácter indirecto de la norma y la respuesta de la teoría del uso jurídico acerca del Derecho extranjero incrementan la importancia de la tarea conjetural en el funcionamiento normativo(7). La transformación de la "aplicación" del Derecho extranjero en su imitación a través de una solución probable que conjeturamos, reorienta todas las tareas funcionales respecto del mismo. La imitación aproxima el funcionamiento de las normas a las doctrinas "realistas", remitidas a la sentencia judicial: por ejemplo, en cuanto el precursor del realismo norteamericano Oliver Wendell Holmes decía que entendía por Derecho "las profesías de lo que los tribunales harán" (8). El "probabilismo" que suele caracterizar al enfoque temporal del Derecho en el pensamiento norteamericano (9) se presenta aquí en el despliegue jurídico espacial. Los recursos de la estadística y los desarrollos actuales de la documentación y la informática deben tenerse en cuenta para reconocer las posibilidades respectivas (10).

La solución que presente el máximo grado de probabilidad debe averiguarse por vías extrínsecas e intrínsecas. En el primer sentido, se trata de emplear la analogía con otras soluciones, en el segundo, de interpretar, determinar, elaborar, subsumir y efectivizar como lo haría ante el caso el artífice extranjero. Esto significa, por ejemplo, que si el artífice extranjero fuese un juez de actitud exegética, la solución debe conjeturarse de esta manera. En otros términos: la probabilidad puede construirse por vías de contenido análogo y de producción. Si no hay casos nacionales perfectamente análogos, menos los hay cuando se trata de casos planteados en diversos países, de modo que siempre hay que recurrir a la



producción imitativa como componente de la máxima probabilidad.

Aunque la gran complejidad de la conjetura del Derecho extranjero disminuye en parte por la posible intervención de peritos que, más próximos al Derecho extranjero, pueden asemejarse más a sus artífices, la tarea presenta grandes dificultades. Todo el instrumental jusfilosófico con que el juez de Derecho Internacional Privado puede comprender la elaboración de una solución jurídica se hace especialmente significativo cuando se trata de conjeturar lo que harían los artífices del Derecho extranjero. La jusfilosofía es siempre el marco en que se produce la comprensión de la vida jurídica y, en el caso del Derecho extranjero, se hace especialmente necesaria (11).

El ordenamiento normativo extranjero nos pone en la necesidad de decidir si ha de tenerse en cuenta su "subordenamiento" de Derecho Internacional Privado o ha de recurrirse, en una referencia mínima, a su "subordinamiento" de Derecho Privado Interno. También en cuanto a esta cuestión de la parte del ordenamiento normativo extranjero que ha de tenerse en cuenta, corresponde atenderse a la solución que, con el máximo grado de probabilidad, tendría el caso en el país extranjero.

La imitación propuesta por la teoría del uso jurídico significa cierta "habilitación" del artífice extranjero para indicar en qué consiste el Derecho extranjero, importando sólo lo que resuelve y no lo que hubiese debido resolver. Como esta habilitación no se atribuye por las normas extranjeras superiores, sino por el Derecho Internacional Privado local, se genera así un posible sacrificio de la coherencia del ordenamiento normativo extran-

jero. De cierto modo, hay una relativa "inversión" de la pirámide extranjera, donde el papel más importante lo tienen las normas "inferiores" (12).

4. En la dimensión sociológica la remisión a la sentencia que dictaría el juez extranjero significa una prioridad del reparto autoritario que desaparece cuando, como lo sostenemos, se toma en cuenta la solución -autoritaria o autónoma- que tendría el caso en el Derecho extranjero. La conjetura de esta solución por vía extrínseca significa atenerse a la ejemplaridad y la conjetura por la senda intrínseca se relaciona más con el plan de gobierno en marcha. En todo caso, la teoría del "uso jurídico" reconoce, en definitiva, la preferencia que, como realidad, corresponde a la vida concreta.

En el marco de la dimensión sociológica ha de prestarse especial atención a los límites necesarios (surgidos de la "naturaleza de las cosas") que encontrarían los repartos que proyectara el repartidor extranjero. Más que la sentencia que dictaría el juez extranjero, a nuestro parecer hay que atender, en todo caso, a la sentencia "realizable" (mejor, a la solución realizable) que se dictaría (o proyectaría) en el extranjero (13).

5. En la dimensión dikelógica la remisión al Derecho extranjero significa, como dijimos, un caso de "infra-justicia", en el cual la justicia tenida en cuenta en el Derecho Internacional Privado brinda un espacio para que sea determinado por el Derecho extranjero. En principio -salvo lo que surja de la intervención del orden público e incluso del enjuiciamiento final con miras al

valor justicia- se tiene por justo lo que establece la probable solución extranjera.

Se trata de un "fraccionamiento" de la justicia en cuanto a los despliegues nacionales y, además, en la teoría del uso jurídico, del "corte" de las influencias recogidas en las otras fuentes extranjeras, con miras a "desfraccionar" los importantes despliegues que sólo la sentencia o la solución concreta extranjeras pueden conocer. Como en todo desfraccionamiento, se genera, en este caso, inseguridad jurídica; su primera frontera de fraccionamiento está en el orden público.

6. Al atender a las características particulares del caso, la teoría del uso jurídico acentúa los rasgos jusprivatistas del Derecho Internacional privado (14). Sin embargo, en el marco del sistema jurídico (a comprender en la "Teoría General del Derecho" -15-), resulta que la captación cabal del Derecho extranjero declarado aplicable, como lo propone la teoría del uso jurídico, tiene efectos en el mantenimiento y enriquecimiento de la comunidad internacional, no sólo en la perspectiva jusprivatista, sino también en el despliegue juspublicista. La diversidad jusprivatista, que se ahonda mediante la imitación de la sentencia o la solución concreta que el caso recibiría en el extranjero, contribuye al mantenimiento y al enriquecimiento de la diversidad juspublicista y, a la inversa, la semejanza privatista tiende a borrar las fronteras publicistas (16).

7. Desde el horizonte filosófico general, se advierte, por ejemplo, que la comprensión cabal de los despliegues extranjeros, como lo propone la teoría del uso jurí

dico, aporta significativamente para nuestra propia comprensión. La extranjería es una dimensión de nuestro carácter problemático (17) y Gabriel Marcel pudo decir que "...sólo a partir de otro o de los otros podemos comprendernos..."(18). La tolerancia es, de cierto modo, negación de una negación, una contra-intolerancia, y llevando esta contra-intolerancia a sus últimos límites mas consecuencias nos comprendemos mejor a nosotros mismos (19). El "Derecho de la Tolerancia" de que nos habla Werner Goldschmidt es una pieza jurídica imprescindible para nuestra propia comprensión y personalización (20).

\*\*\*\*\*

(\*) Notas para una exposición en el marco del Instituto "Werner Goldschmidt" de Investigaciones Jurídicas Especializadas e Interdisciplinarias de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas. En testimonio de gratitud a la profesora doctora Alicia M. Perugini de Paz y Geuse, por su inteligente y eficaz colaboración con el maestro Werner Goldschmidt y su permanente aporte para el desarrollo del trialismo, en oportunidad del segundo aniversario del fallecimiento del profesor Goldschmidt. (\*\* ) Investigador del CONICET. (1) V. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner , "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a.ed., Bs.As., EJEA, t.I.,1952, págs. 336 y ss.; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs.As.,Depalma, 1988, págs.

127 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, t.I, 1972, págs. 331 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. 359 y ss. y 388 y ss.; FRANCESCAKIS, Ph., "La théorie du renvoi", Paris, Sirey, 1958; DAVID, Cyrille, "La loi étrangère devant le juge du fond", Paris, Dalloz, 1965.

- (2) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a.ed., 5a.reimp., Bs.As., Depalma, 1987.
- (3) V. por ej. GOLDSCHMIDT, "Derecho..."cit., pág. 127.
- (4) V. GOLDSCHMIDT, "La consecuencia..."cit., por ej., págs. 37 y ss.; "Sistema..."cit., t.I, págs. 374 y ss.; "Derecho..."cit., págs. 137 y ss.
- (5) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Acerca de la calidad del Derecho extranjero", en este número de "Investigación y Docencia". Debe tenerse en cuenta: GOLDSCHMIDT, Werner, "El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos", Bs.As., de Belgrano, 1979, esp. pág. 145.
- (6) Es posible v. 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) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "La probabilidad en el Derecho", en "Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social", N° 6, págs. 69 y ss.
- (8) Además de la célebre expresión que formuló en "The

path of the law", cabe recordar que "La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia" (HOLMES, Oliver Wendell Jr., "The Common Law", trad. Fernando N. Barrancos y Vedia, Bs. As., TEA, 1964, págs. 15 y ss.). V. también RECASENS SICHES, Luis, "Panorama del pensamiento jurídico en el si glo XX", México, Porrúa, t.II, pág. 621.

- (9) V. id., t.II, pág. 590.
- (10) Por ejemplo, acerca de las ideas de Félix Cohen al respecto, v. id., t.II, pág. 641.
- (11) Creemos que el amplio instrumental del trialismo para la comprensión del Derecho es especialmente idóneo al respecto.
- (12) El juez de Derecho Internacional Privado ha de considerar las normas extranjeras constitucionales o inconstitucionales en el Derecho extranjero según lo haría el artífice de este Derecho cuya probable solución debe imitar.
- (13) En muchos casos las sentencias y en general las soluciones extranjeras que no pueden realizarse no expresan el estilo de vida extranjero a respetar.
- (14) Es posible c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Derecho Público y Derecho Privado", en "La Ley", 1979-D, págs. 956 y ss.
- (15) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Perspectivas Jurídicas", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 11 y ss.
- (16) Cabe recordar, v.gr., la propuesta de THIBAUT (von), "Sobre la necesidad de un Derecho civil común para Alemania", trad. Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, en "La Codificación Civil en Alemania"

-opiniones de Thibaut y Savigny-, extracto del Boletín Mensual números 97/98, Secc.Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Bs. As., 1940 (puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Dos estudios tridimensionalistas", Rosario,1967); en relación con el tema, v.por ej. RIGAUX,François, "Droit Public et Droit Privé dans les relations internationales", Paris, Pedone, 1977.

- (17) Cabe tener en cuenta, por ej.MARCEL, Gabriel,"L'homme problématique", Paris, Montaigne, 1955.
- (18) MARCEL, Gabriel, "El Misterio del Ser", trad. María Eugenia Valentié, Bs.As.,Sudamericana, 1953,pág.207.
- (19) V. por ej. MARCEL, Gabriel, "Filosofía concreta", trad. Alberto Gil Novales, Madrid, Revista de Occidente, 1959, pág. 236.

La aproximación a la solución concreta aproxima a las particularidades que caracterizan el mundo de la cultura (v. por ej. RICKERT, H., "Ciencia cultural y ciencia natural", trad.Manuel G. Morente, Madrid, Calpe, 1922, esp. págs. 42 y ss.).

- (20) GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit.

Marcuse decía que"la realización del objetivo de la tolerancia exige intolerancia hacia orientaciones políticas, actitudes y opiniones dominantes y en cambio, la extensión de la tolerancia a orientaciones políticas, actitudes y opiniones puestas fuera fuera de la ley o eliminadas"(MARCUSE, Herbert, "Tolerancia represiva", en WOLFF, Robert Paul y otros, "Crítica de la toelrancia pura", trad.Jesús Tobío Fernández, Madrid, Nacional, 1969, pág.77).Lo expuesto puede aplicarse a la relación entre Derecho nacional y Derecho extranjero.