

COMPRESION BASICA DE LAS TENDENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE NUESTRO TIEMPO Y DE LA JURISDICCION INTERNACIONAL (*)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

D) Las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo

1. En nuestros días, a partir del segundo episodio de la Guerra Mundial del siglo XX concluido en 1945 y sobre todo de los años 70, vivimos una época muy distinta de la Edad Contemporánea, que muchos llaman de la “postmodernidad”. En este marco histórico el Derecho Internacional Privado tiene características muy diversas de las que lo identificaron en la modernidad (1).

El mundo medieval, que se consideró “católico” también en el sentido de “universal”, se caracterizó por el predominio del valor santidad y por un largo imperio de la fe, que sólo en los últimos siglos fue parcialmente enriquecida por los aportes de la razón (2). En el mundo medieval el hombre dejó de valer sólo como súbdito del Estado y también tuvo significación como fiel de la Iglesia. En el momento más evolucionado de ese mundo medieval la organización jurídica se apoyaba principalmente en la existencia del Sacro Imperio Romano Germánico, fundado a partir del año 800. El Derecho estaba constituido por un despliegue “común”, integrado por el Derecho Romano y el Derecho Canónico y por Derechos particulares regionales teóricamente sometidos a él. Aunque en ese marco no podía haber internacionalidad, a partir del siglo XIII hubo una corriente de Derecho “interregional” Privado.

Concluido el mundo medieval, el mundo “moderno” en sentido amplio, que abarca las edades Moderna y Contemporánea, se caracterizó por la ruptura de las unidades medievales. Entonces los valores se diversificaron notoriamente y ganaron espacio la belleza, la verdad, la utilidad, el poder, la justicia, etc. Ya a fines de la edad estrictamente Moderna, el hombre había comenzado a valer no sólo como súbdito del Imperio o como fiel de la Iglesia, sino en su liso y llano carácter humano. En este sentido, vale recordar que la Edad Moderna concluyó en el tiempo en que se declararon los Derechos del Hombre y del Ciudadano y en que Kant señaló que el

(*) Ideas fundamentales de las disertaciones acerca de “Tendencias del Derecho Internacional Privado actual” y “Jurisdicción Internacional” pronunciadas por el autor en la Universidad Nacional de Córdoba.

El autor desea que esta publicación exprese su respeto académico y su afecto muy profundos hacia los docentes de Derecho Internacional Privado de Córdoba.

(**) Profesor titular de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

(1) Puede v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel - CHAUMET, Mario E., “Perspectivas Jurídicas “dialécticas” de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad”, en “Investigación y Docencia”, Nº21, págs. 67 y ss.

(2) Pueden tenerse en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, esp. págs. 81 y ss. (esquema orientador para la filosofía de la historia del Derecho “Occidental”) y “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. II, 1993.

hombre ha de ser considerado como un fin en sí. La Edad Moderna fue tiempo de la razón y de la experiencia, en tanto la época más característica de la Edad Contemporánea agregó una fuerte conciencia histórica.

En la Edad Moderna se hizo nítido el proceso de formación de los Estados mediante la lucha de los reyes, aliados con la burguesía, contra los señores feudales inferiores y contra el Emperador y el Papa y los Derechos particulares triunfaron sobre el Derecho Común, al punto que luego el siglo XIX pudo ser llamado el tiempo de la Codificación. En la modernidad se diversificaron las ramas jurídicas y se hizo más notoria la diferencia entre Derecho de fondo y Derecho procesal. A comienzos de la Edad Moderna se constituyó entre los Estados recién formados el Derecho Internacional Público y en los siglos XIX y XX tuvo su hora más gloriosa el Derecho Internacional Privado "clásico".

El Derecho Internacional Privado clásico encontró su más clara expresión en la concepción germánica, que se refirió exclusivamente a los "conflictos de leyes", empleando el método indirecto a veces llamado "de elección". Sus fuentes eran las leyes, las sentencias y cierto número de tratados. Su fundamentación era la "distancia" cultural entre los estilos de vida, que ponía en situación de debilidad a los elementos extranjeros, como tales difíciles de ser comprendidos, y exigía su respeto. A partir de 1849 se descubrieron problemas generales del Derecho Internacional Privado, que Werner Goldschmidt -uno de los más brillantes internacionistas de espíritu moderno, quizás el más típico de ellos- sistematizó en la llamada concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado (3). El empleo no sólo del método indirecto sino de la concepción de la norma de Derecho Internacional Privado como norma indirecta, llevó a hacer que la tarea de determinación, que en el funcionamiento de la norma es en general una labor accidental (sólo necesaria cuando hay normatividades incompletas) se hiciera en nuestra materia siempre necesaria.

El mundo "postmoderno" se caracteriza por la fragmentación de los niveles superficiales de la vida, que permiten muchas particularidades, pero asimismo por una muy fuerte **utilitaria** en los niveles profundos. La permanente búsqueda del acortamiento de las relaciones de medio a fin se hace característica y la eficiencia se convierte en una exigencia también fundamental. En nuestra época se pueden adoptar muy diversas maneras de vivir, pero no se puede dejar de ser productor y sobre todo consumidor sin caer en la más terrible marginación, como suele ocurrir con los ancianos arrinconados en las llamadas "residencias" o "guarderías" que funcionan como antecámaras de la muerte. Aunque mucho es lo que se teoriza acerca de la importancia de los derechos humanos y se han hecho también avances concretos significativos, existe una gran amenaza contra el valor del hombre como tal. Además, vale tener presente que se habla del fin del "mito" del sujeto consciente y el hombre es tenido a menudo como un mero producto social.

La utilidad no sólo se integra con la justicia y contribuye a la realización del valor humanidad (el deber ser cabal de nuestro ser) como es debido; a menudo se arroga el lugar de la primera y se subvierte contra la segunda. El sujeto "débil" de estos días requiere, más que justicia, utilidad. En la "postmodernidad" hay una profunda crisis de la razón abstracta y un creciente predominio de lo concreto y del sentimiento

(3) Es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT Werner "Derecho Internacional Privado" 6a. ed. Bs As Depalma, 1988

Los Estados “postmodernos” son corroídos desde adentro por los regionalismos y desde afuera por el universalismo y a veces asumen una reacción incluso agresiva. Debajo de cierto proceso de “descodificación” notorio en la superficie hay un “código” utilitario que sienta las bases del nuevo “Derecho común”. En el curso generalizador de la utilidad, las ramas jurídicas antes nítidamente diferenciadas ahora se aproximan, se asemejan e incluso se mezclan y la diferenciación entre fondo y proceso pierde relevancia. El Derecho Internacional Privado adquiere asimismo caracteres de Derecho Privado Internacional.

2. En ese marco actual de la “postmodernidad” el empleo de las soluciones extraterritorialistas (limitadas) y del correspondiente método indirecto para respetar a los elementos extranjeros se convierten sólo en el núcleo de nuestra materia, en su marco de diferenciación más nítido, pero el espíritu de nuestra época se manifiesta no sólo en la crisis del Derecho Internacional Privado clásico (“nuclear”) sino en una importantísima **ampliación** de los contenidos (4).

El Derecho Internacional Privado clásico elegía sus puntos de conexión sobre todo mediante planteos relativamente “abstractos”, que remitían por ejemplo al Derecho del domicilio, de la nacionalidad, del lugar de celebración, del lugar de ejecución, etc. Hoy se incrementa la remisión al Derecho que en concreto tenga más estrecha vinculación con el caso en cuestión (5). Asimismo se advierte la importancia de la problemática jurisdiccional, en la que -como hemos de desarrollar más adelante- se decide la suerte del Derecho de fondo (6).

Además de la proyección de internacionalidad así en crisis, se expanden la presencia de soluciones localistas territorialistas captadas por el método directo, en las que los Estados se defienden y, sobre todo, el desarrollo del universalismo, impulsado principalmente por la fuerza tal vez incontenible de la utilidad, que acorta las relaciones entre medios y fines y recurre al método directo.

El localismo ve aparecer junto al orden público tradicional, sobre todo “a posteriori”, las llamadas leyes de aplicación inmediata que contienen reglas de policía y seguridad y orden público “a priori”. Asimismo se desarrolla en ciertos casos la tendencia a proclamar la vocación subsidiaria del propio Derecho.

El universalismo se manifiesta en el incremento del Derecho Uniforme y el Derecho Unificado; en el empleo creciente de soluciones materiales construidas también con el método directo por los jueces; en el desarrollo del auxilio judicial internacional e incluso de la operatividad judicial extraterritorial; en el reconocimiento y la ejecución de decisiones extran-

(4) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, 9/III/1994.

No obstante, cabe tener en cuenta por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos”, Bs. As., de Belgrano, 1979; LOUSSUARN, Yvon - BOUREL, Pierre, “Droit International privé”, Paris, Dalloz, 1978, esp. págs. 5 y ss. y 145 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Angel (con colab. bibliográfica), “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

En relación con el tema vale tener en cuenta además por ej. BOGGIANO, Antonio, “Derecho Internacional Privado”, 3a. ed., Bs. As., Abeledo-Perrot, t. I, 1991, págs. 93 y ss.; ORCHANSKY, Berta Kaller de (con la colab. de Adriana Dreyzin de KLOOR y Amalia Urlondo de MARTINOLI), “Nuevo manual de Derecho Internacional Privado”, Bs. As., Plus Ultra, 1991, esp. págs. 15 y ss.

(5) Así sucede por ejemplo en la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

(6) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Judicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, 1975-A, págs. 1947 y ss.

teras (7); en el incremento de la autonomía conflictual y material de las partes y el arbitraje, con alcances que superan la existencia de los Estados (8); en el avance de la llamada "lex mercatoria" (9), etc. Asimismo los Estados procuran dar cabida a respuestas relativamente más universales a través del Derecho de la Integración (10).

Las fuentes de este Derecho Internacional Privado, que considera distancias culturales cortas y pretende reducir el camino hacia los fines, incorporan el fuerte protagonismo de los tratados, las sentencias, los laudos y los contratos. En el funcionamiento de las normas gana espacio la tarea de elaboración por los jueces.

3. Las características que acabamos de señalar se evidencian en muy diversos temas del Derecho Internacional Privado. El enfoque tradicional solía dejar firmemente puntualizado que debía tratarse de casos de Derecho Privado, pero hoy el Derecho Procesal (sin embargo, de cierto modo "privatizado" en el arbitraje) y el Derecho Administrativo, que son muy utilitarios, ganan presencia por lo menos para apoyar las soluciones pretendidas por el Derecho Privado. Un ejemplo del avance administrativo es el que se produce en la restitución de menores. Incluso el Derecho Penal se hace más presente, v. gr. para conseguir los objetivos de impedir el tráfico de menores.

Ahora la complejidad de las diversas soluciones propuestas tradicionalmente para el problema de las calificaciones es marginada y se limitan los alcances del reenvío. La aplicación de oficio del Derecho extranjero, que impide el juego complejo de la dispositividad de las partes, es más frecuente. En los procesos de integración, el orden público se amplía trascendiendo las fronteras locales con el reconocimiento del orden público comunitario. Para evitar problemas en los resultados no sólo se tienen en cuenta las disposiciones imperativas propias sino también las extranjeras.

Los relativos grados de abstracción de los puntos de conexión nacionalidad y domicilio (sobre todo cuando éstos son derivados) son sustituidos en muchos casos por la concreción de la residencia habitual. Para evitar la complejidad en cuanto a la existencia de las sociedades, que puede desanimar el ingreso de capitales extranjeros, suele optarse por el Derecho del lugar de constitución. Parece que ganan espacio la voluntad de las partes en el régimen de bienes en el matrimonio y la voluntad del testador en la sucesión. El Derecho de las obligaciones contractuales tiene muy fuerte presencia de la autonomía material y conflictual (aunque hay importantes restricciones, por ejemplo, para proteger al consumidor o al trabajador) y el Derecho de las obligaciones que nacen sin convención se aleja del sentido de reproche que de cierto modo evidencia la ley del lugar en que ocurrió el hecho para atender al lugar donde se produjo el daño e incluso a la ley personal común.

La importancia decisiva del Derecho Procesal en el Derecho Internacional Privado, que venimos señalando desde hace décadas, tiene cada día más reconocimiento.

(7) Puede v. nuestro estudio "Lugar de la admisión de las sentencias extranjeras en el Derecho Internacional Privado", en "Revista de Derecho Internacional y Ciencias Diplomáticas", N°46/47, págs. 17 y ss.

(8) Puede v. un panorama sobre el tema por ej. en GIARDINA, Andrea, "L'arbitrato internazionale", en "Rivista dell'arbitrato", Año II, N.1/1992, págs. 21 y ss.

(9) Es posible v. por ej. STRENGER, I., "La notion de 'lex mercatoria' en droit du commerce international", en "Recueil des cours" de l'Académie de Droit International", I, 227, págs. 207 y ss.

(10) Un interrogante que nos parece significativo es el del porvenir que tendrán las soluciones integradoras de fuerte presencia gubernamental supranacional, según el claro modelo de la Unión Europea, ante el despliegue de la economía por los canales de las decisiones de los particulares.

4. En la nueva formación del Derecho Internacional Privado hay un notorio incremento del desarrollo de los repartos autónomos, que realizan el valor cooperación, con menos protagonismo de los repartos autoritarios, que satisfacen el valor poder. El orden de los repartos está relativamente menos apoyado en los planes de gobierno, que cuando están en marcha realizan el valor previsibilidad, y se basa en un mayor despliegue de una ejemplaridad utilitaria, que al hilo del modelo y el seguimiento satisface el valor solidaridad.

Según ya señalamos, en el Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo hay más intervención de diversas clases de fuentes de normas, no sólo leyes, tratados y sentencias, sino por ejemplo contratos y laudos.

Al solo efecto de ejemplificar las nuevas tendencias del Derecho Internacional Privado en esta época de la "postmodernidad", cabe señalar:

A) que la **ley federal suiza** sobre Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987 dice en su artículo 1 "1. La présente loi régit, en matière internationale: a) La compétence des autorités judiciaires ou administratives suisses; b) Le droit applicable; c) Les conditions de la reconnaissance et de l'exécution des décisions étrangères; d) La faillite et le concordat; e) L'arbitrage. 2. Les traités internationaux sont réservés." (11);

B) que en el proceso integrador europeo tienen especial significación la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 sobre jurisdicción internacional y ejecución de las decisiones en materia civil y comercial y la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ambas de clara significación utilitaria;

C) que la reciente V Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado ha celebrado dos convenciones, una sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales y otra sobre Tráfico Internacional de Menores (12), de modo que las referencias utilitarias y de derechos humanos se hacen francamente notorias.

Uno de los más grandes desafíos para los hombres de Derecho de este tiempo, también para los que cultivan el Derecho Internacional Privado, es apreciar la importancia de la vida económica y de las tendencias que ésta produce, sin olvidar que el valor supremo del mundo jurídico no es la utilidad sino la justicia. No hay que aferrarse a abstracciones ni a complejidades que sean innecesarias, pero tampoco hay que desconocer las que realmente contribuyen a la mayor personalización de los seres humanos, en este caso en el campo internacional. Tanto el atarse a las abstracciones empleadas en el método indirecto como el disolverse en lo concreto con el método directo pueden significar fraccionamientos ilegítimos de la justicia.

Como las distancias culturales que hoy quedan en el mundo se refieren a sistemas jurídicos subvalorados y marginados, la importancia que al respecto conserva e incluso incrementa el Derecho Internacional Privado clásico, elaborado en el respeto a esas diferencias, suele no ser advertida. Mucho debe ganarse, no obstante, con el desarrollo del Derecho Internacional Privado clásico para las relaciones con culturas distantes como las del Africa negra o del Islam. Reconocer las nuevas realidades y la fundamentación de nuevas respuestas no significa desconocer la alta significación del Derecho Internacional Privado tradicional.

Junto al requerimiento de respeto a los elementos extranjeros, el Derecho Internacional

(11) Puede v. "Revue critique de droit international privé", t. 77, pág. 409.

(12) Es posible tener en cuenta v. gr. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Dos nuevas convenciones de la CIDIP", en "Investigación y Docencia", N°23, págs. 17 y ss.

Privado actual aprecia también la exigencia de contribución activa en su personalización (13).

El Derecho Internacional Privado de la modernidad fue concebido sobre todo en una “**simplicidad pura**”, pero a ese contenido clásico hay que agregarle los nuevos despliegues, en una “**complejidad pura**”. Sólo al hilo de esta complejidad pura se pueden comprender y jerarquizar cabalmente las distintas soluciones. Urge que cada caso tenga la solución que en definitiva le corresponde.

II) La jurisdicción internacional

5. Cada parte de la palabra compuesta “**juris-dicción**” nos lleva a comprender mejor su significado. “**Decir**” el Derecho significa en cierto sentido declararlo, pero al propio tiempo tiene algún significado de “**hacerlo**”, al punto que por ejemplo “**maldecir**” no suele indicar sólo decir algo malo sino tratar de provocarlo (14). El significado de “**juris**” depende de lo que se entienda por Derecho, por ejemplo, si se trata de una obra en última instancia divina o humana o de una integración de ambas. No es el mismo el sentido de una jurisdicción que declara un Derecho divino que el de otra que declara o hace un Derecho humano. No puede ser el mismo el sentido de la jurisdicción en un marco medieval, cuando el Derecho tiene al fin origen en Dios, que en otro “**postmoderno**”, donde predomina un sentido antropocéntrico y utilitario muy marcado. Tampoco es el mismo el significado de una jurisdicción que se dirige al ámbito interno y el de otra que se refiere al campo internacional (15). Luego de la consideración de los alcances de la complejidad pura del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo vale que nos dediquemos a comprender la jurisdicción internacional, sobre todo como se manifiesta en la “**postmodernidad**”.

6. La labor jurisdiccional requiere el **funcionamiento** de las normas a través de diversas tareas que suelen hacerse especialmente significativas y tensas en el marco internacional. El funcionamiento de las normas parte de la tarea siempre necesaria de la **Interpretación**, instalada de manera tensa entre el significado literal que la comunidad atribuye a la norma y el significado histórico que quiso brindarle su autor. Aunque la teoría **trialista** del mundo jurídico señala con acierto que ha de primar esta última, en los hechos los jueces suelen aproximarse a lo que indica la teoría “**pura**” del Derecho y se creen ante un marco de posibilidades que les permite optar por uno u otro significado. Pese a la primacía que debe reconocerse a la interpretación histórica, en la realidad no puede ser el mismo el sentido de la interpretación en tiempos de sujetos “**fuertes**”, que llevan a referirse más a la voluntad de los autores, que en épocas de sujetos “**débiles**”, como en la “**postmodernidad**” que llega a hablar del fin del “**mito**” del sujeto consciente, de modo que hay más tendencia al predominio del sentido difuso de la comunidad y de la intervención de

(13) Acerca de la teoría **trialista** del mundo jurídico en que se basa la comprensión **jusfilosófica** básica de estas exposiciones, puede v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 251 y ss.

(14) El Diccionario de la Lengua Española, 21a. ed., indica entre las acepciones de la palabra “**maldecir**” la “**imprecación** que se dirige contra una persona o cosa, manifestando enojo y aversión hacia ella, y muy particularmente deseo de que le venga algún daño”.

(15) En cuanto a la jurisdicción internacional puede c. por ej. ESPINAR VICENTE, José María, “Derecho Procesal Civil Internacional”, Madrid, La Ley, 1988, págs. 7 y ss. También puede c. v.gr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D. - FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, “Derecho Internacional privado Español - Textos y materiales”, vol. I, “Derecho Judicial Internacional”, 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense, 1992.

los jueces en una mezcla oculta de interpretación y elaboración. Es por otra parte evidente que la interpretación se hace más difícil cuando la relación entre juez y autor se desenvuelve en el marco internacional.

Aunque la escuela de la exégesis trató de presentar la actividad de los jueces en una referencia exclusiva a la interpretación, es inevitable reconocer que en la tarea judicial de hacer funcionar las normas hay también otras labores muy significativas. Así, cuando hay normatividades incompletas se requiere una tarea de **determinación**. Según ya dijimos, en el Derecho Internacional Privado clásico el empleo de normas indirectas hace siempre necesaria esta tarea de determinación a través del Derecho declarado aplicable.

Una tarea del funcionamiento de las normas que tiene inmensa importancia real, pero suele ser desconocida, es la de carácter **conjetural**. Vivimos en función de conjeturas y lo propio sucede en el marco jurídico. Las partes conjeturan lo que harán los jueces, éstos conjeturan lo que harán otros jueces, etc. y así se toman las decisiones. Cuando, por ejemplo, escribo estas líneas, estoy tranquilo porque conjeturo que si alguien me agrade será repelido por la policía y sancionado. Cuando un juez condena a alguien por apropiarse de una cosa ajena conjetura que si hubiera un pleito sobre la propiedad de la cosa la propiedad sería resuelta en ese sentido. La tarea conjetural se hace especialmente significativa cuando en Derecho Internacional Privado, de acuerdo con la teoría del uso jurídico, hay que imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero.

En casos de carencias de normas (lagunas del ordenamiento normativo) que pueden ser históricas (porque no hay normas) o dikelógicas (o tal vez mejor axiológicas, cuando habiendo normas se las descarta por considerarlas injustas o en general disvaliosas) se hace necesario **elaborar** normas (integrar las lagunas). Siempre es muy difícil sostener cuáles son los sentidos de valor en los que han de apoyarse las carencias dikelógicas y las elaboraciones respectivas, en alguna medida porque muchos creen que la justicia es una mera opinión y también por la complejidad del saber al respecto, pero esa dificultad se incrementa cuando se trata de utilizar los sentidos de justicia en el marco internacional. El juez internacional suele estar especialmente tentado de recurrir al orden público, que cuando interviene a posteriori produce en el Derecho extranjero una carencia "dikelógica positiva" (en base a la justicia positivizada del propio país) y de aplicar a continuación su Derecho. También tiende a considerar que el Derecho extranjero es injusto y debe ser sustituido por los "justos" sentidos de valor locales.

El funcionamiento de las normas requiere siempre una tarea de **aplicación** en la que se subsume (encuadra) el caso en la norma y se efectiviza la consecuencia jurídica. La subsunción en una norma significa cierto grado de elección de la misma y la efectivización requiere la fuerza necesaria para cambiar concordantemente la realidad, fuerza que no ha de ser sólo física sino también fuerza de convicción (16). Es notorio que una y otra de estas manifestaciones de la fuerza se hacen más difíciles en el marco internacional y para remediar tales dificultades suelen requerirse el auxilio judicial internacional, la directa operatividad judicial más allá de las fronteras y el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras (que tratan de poner remedio al menor alcance del ámbito activo del poder del juez respecto del ámbito pasivo donde ocurren los casos y las soluciones).

(16) En relación con el tema es posible c. v. gr. COSSIO, Carlos, "Teoría de la verdad jurídica", Bs. As., Losada, 1954, esp. págs. 220 y ss.

Otra tarea del funcionamiento de las normas es la **síntesis** (o adaptación), que se requiere cuando hay normatividades discordantes confluyentes en la realidad, según sucede por ejemplo en los conflictos reales de delitos y en las quiebras. La tarea de síntesis se necesita de manera también destacada para poner remedio a los desajustes que en Derecho Internacional Privado pueden surgir del recurso a distintos Derechos como resultado del método analítico-analógico (suele hablarse del método sintético-judicial).

Las decisiones judiciales están cargadas de una gran significación **institucional**. Una sentencia posee, como tal, una gran fuerza ideológica, aunque esta carga institucional puede tener sentidos más próximos a la consagración, cuando se invoca un Derecho divino, o a la negociación, cuando los valores de referencia son los de las propias partes. Como en el marco internacional suele haber valores discrepantes o proyecciones valorativas débiles, es claro que los jueces internacionales están muy lejos de poder invocar no sólo un sentido de consagración, sino una fuerte institucionalidad. Sus sentencias poseen más afinidad con la significación negocial.

Con referencia a la "pirámide jurídica", vale recordar que con parte de razón en cuanto al comportamiento real de los jueces Kelsen habló de una **habilitación** de los escalones inferiores que adoptan decisiones literalmente contrarias a los escalones superiores (17).

Para comprender la importancia de la jurisdicción vale tener en cuenta, por ejemplo, su papel protagónico en la **ley federal suiza** (18) y el relevante rol jugado por la respectiva Convención de Bruselas en el marco de la integración europea (19).

(17) V. por ej. KELSEN, Hans, "Teoría pura del derecho", trad. Moisés Níve, Bs. As., Eudeba, 1960, págs. 155 y ss.

(18) Sobre todo cabe tener en cuenta los arts. 2 a 12.

(19) Acerca de la Convención de Bruselas pueden v. por ej. ALEXANDRE, Danièle, "Convention de Bruxelles (Généralités)", en "Répertoire de Droit Communautaire", Paris, Daloz, t. I, 1994; "Convention de Bruxelles (Compétence)", en "Répertoire..." cit., t. I, 1994; HUET, André, "Convention de Bruxelles (Reconnaissance et exécution des jugements)", en "Répertoire..." cit., t. I, 1994; XXII Tavola Rotonda di diritto comunitario "La Convenzione di Bruxelles del 1968" Milano, 17 novembre 1989", en "Jus", año XXXVII, gennaio-aprile 1990; ANCEL, Bertrand, "La clause attributive de juridiction selon l'article 17 de la convention de Bruxelles", en "Rivista di diritto internazionale privato e processuale", año XXVII, Nº 2, aprile-giugno 1991, págs. 263 y ss.; COLLINS, Lawrence, "Practical Problems of the 1982 Accession Convention to the 1968 Bruxelles Convention", en "Rivista..." cit., año XXVI, Nº 1, gennaio-marzo 1990, págs. 17 y ss.; DELI, Maria Beatrice, "Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles del 1968", en "Rivista..." cit., año XXV, Nº 1, gennaio-marzo 1989, págs. 27 y ss.; BARIATTI, Stefania, "Prime considerazioni della convenzione di Lugano del 16 settembre 1988 sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze", en "Rivista..." cit., año XXV, Nº 3, luglio-settembre 1989, pág. 527; STRUYCKEN, A. V. M., "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", en "Recueil..." cit., t. 232, págs. 327 y ss.; c. también JAYME, E. - PICCHIO FORBATI, L. (ed.), "Giurisdizione e legge applicabile ai contratti nella CEE", Padua, Cedam, 1990 (Università degli Studi di Ferrara - Quaderni del Centro di Documentazione e Studi sulle Comunità Europee, 5 n. s.). Asimismo cabe tener en cuenta las abundantes referencias que pueden obtenerse en la "Revue critique de droit international privé", por ej. Cour de justice des Communautés européennes, 13 juillet 1993, "Mulox IBC Limited c. Hendrick Geels", con nota de Paul Lagarde, t. 83, págs. 569 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 9 février 1994, "Soc. Comptoir des Plastiques de l'Ain c. Soc. Novamec et autre", con nota de Horatia Muir Watt, t. 83, págs. 577 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 12 janvier 1994, "M. Tonon c. Office Cantonal de Tutlingen", con nota de André Huet, t. 83, págs. 371 y ss.; Cour de Justice des Communautés européennes, 20 janvier 1994, "Owens Bank Ltd. c. Fulvio Bracco et Bracco Industria Chimica SpA", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 377 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 10 février 1994, "Firma Mund & Fester c. Firma Hatrex International Transport", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 388 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 21 avril 1993, "V. Sonntag c. Waldmann et autres", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 96 y ss.; Cour d'appel de Paris (1re. Ch.), 17 novembre 1993, "Fondation Solomon R. Guggenheim c. Consorts Heilon-Rumney", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 83, págs. 115 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 3 mars 1992, "Société Svedex Holding B. V. c. B. N. P. et autre", con nota de Anne Sinay-Cytermann, t. 82, págs. 693 y ss.; Cour de cassation (1re. Ch. Civ.), 27 janvier 1993, "Soc. Jakob Handte et Cie c. Soc. Traitement mécano-chimiques des surfaces et Soc. Bula et fils", con nota de Hélène Gaudemet-Tallon, t. 82, págs. 485 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 25 juillet 1991, "Marc Rich and Co. AG c. Società Italiana Impianti PA", con nota de Pierre Mayer, t. 82, págs. 310 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 19 janvier 1993, "Shearson Lehmann Hutton Inc. c. T. V. B., Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungunggen mbH", con nota de H. Gaudemet-Tallon, t. 82, págs. 320 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes, 26 février 1992, "Elisabeth Hacker c. Euro-Relais GmbH", con nota de Georges A. L. Droz, t. 82, págs. 74 y ss.; Cour de justice des Communautés européennes (4e Ch.), 12 novembre 1992, "Firma Minalmet GmbH c. Firma Brandais Ltd", con nota de Georges A. L. Droz, t. 82, págs. 81 y ss. En cuanto a la relación de la Convención con la Unión Europea pueden v. por ej. MOLINA DEL POZO, Carlos Francisco, "Manual de Derecho de la Comunidad Europea", 2a. ed., Madrid, Trivium, 1990, pág. 324; ACOSTA ESTEVEZ, José B., "Introducción al sistema jurídico de la Comunidad Europea", Barcelona, PPU, 1990; MENGIOZZI, Paolo, "Il Diritto della Comunità Europea", en "Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia" dirigido por Francesco GALGANO, Padua, Cedam, 1990, pág. 174 (también v. págs. 244 y ss.). Respecto del ámbito de vigencia puede c. v. gr. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. - Révision du 25 octobre 1982. - Entrée en vigueur (Note d'information du secrétariat général des Communautés européennes en date du 13 septembre 1989.), en "Revue..." cit., t. 78, pág. 827.

Inmediatamente después del referido artículo 1, cuyo primer inciso indica que la ley rige en materia internacional la competencia de las autoridades judiciales o administrativas suizas, la misma ley aborda los problemas generales de jurisdicción partiendo del principio de la intervención de las autoridades judiciales o administrativas suizas del domicilio del demandado y abordando cuestiones como el foro de necesidad, la elección del foro, la convención de arbitraje, la demanda reconvenional, la litispendencia, las medidas provisorias, el auxilio judicial y la intervención de las representaciones diplomáticas o consulares suizas para el cumplimiento de los plazos ante las autoridades judiciales o administrativas de ese país. Luego va respetando la división problemática “trial” de jurisdicción, Derecho aplicable y reconocimiento de las decisiones extranjeras. Con miras a la protección de los nacionales se consagra a veces el foro de origen, cuando la acción no puede ser intentada en el domicilio o no se puede exigir razonablemente que así ocurra (20).

7. Ante toda esta riqueza de funciones que evidencian el amplio papel de los jueces, al punto que es sostenible decir que el Derecho es lo que los jueces dicen que es, se advierte el enorme poder que poseen y el enorme poder que también tiene quien puede provocar la intervención judicial y llevar a alguien ante los estrados. Aunque a nuestro parecer con alcance excesivo, Kelsen pudo decir que la jurisdicción tiene carácter netamente constitutivo y es un verdadero acto creador de derecho.

8. Una vez referidos los alcances normológicos y sociológicos de la intervención de los jueces que significa la jurisdicción, hay que atender a su proyección dikelógica, o sea a su legitimidad desde el punto de vista de la justicia en sí y como parte del complejo axiológico. La jurisdicción debe estar fundamentada, es decir, tener un sentido de “correspondencia” con los casos que resuelve, sea con una fundamentación por afinidad o por atracción de otros casos, y no ha de producir un fenómeno de mera yuxtaposición. Si para una cuestión personal de capacidad tiene jurisdicción el juez del asiento personal del domicilio, entre caso y jurisdicción hay una relación de correspondencia por afinidad. Una manera de manifestarse la correspondencia por atracción es el otorgamiento de jurisdicción por tratarse de una cuestión conexas.

Entre los valores principales que puede realizar la jurisdicción están el poder, el orden, la verdad, la justicia, la santidad y la utilidad. Es notorio que en nuestro tiempo de la “postmodernidad” es poco lo que puede referirse al valor santidad y mucho lo que la jurisdicción significa como utilidad. Una muy clara manifestación del sentido utilitario de la jurisdicción en nuestra época de principios de la “postmodernidad” se encuentra en los artículos 3135 y 3136 del Código Civil de Quebec. El primero dice que aunque una autoridad de Quebec sea competente para conocer en un litigio, excepcionalmente y a requerimiento de una parte puede declinar su competencia si estima que las autoridades de otro Estado están en mejores condiciones para resolver el litigio. El segundo dispone que aunque una autoridad de Quebec no sea competente para conocer en un litigio puede sin embargo intervenir si el litigio presenta un ligamen suficiente con Quebec y una acción en el extranjero se manifiesta imposible o si no se

(20) Pueden v. por ej. KNOEPFLER, François - SCHWEIZER, Philippe, “La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)”, en “Revue ...” cit., t. 77, esp. págs. 210 y ss.; VISCHER, Frank, “Introduzione alla legge”, en BROGGINI, Gerardo (rec.), “Il nuovo Diritto Internazionale Privato in Svizzera”, Milano, Giuffrè, 1990, págs. 10 y ss.

puede exigir que sea introducida (21).

La problemática jurisdiccional es una muestra de la importancia que a diferencia de la justicia “de partida” puede tener la justicia “de llegada”. En definitiva la jurisdicción se legitima por el resultado.

La justicia es una categoría “**pantónoma**” (pan=todo; nomos=ley que gobierna), de modo que para resolver conforme a ella habría que atender a la totalidad de las adjudicaciones pasadas, presentes y futuras. Una muestra de la pantonomía de la justicia en materia jurisdiccional es la existencia de “**fueros de atracción**” que impiden el despedazamiento de casos de alcance integral. Otra es el propósito de evitar el estrépito judicial y de lograr más utilidad en los pronunciamientos que subyace en el reconocimiento de la litispendencia y de la cosa juzgada para excluir nuevas intervenciones jurisdiccionales.

Los grandes títulos de legitimación de la conducción, en este caso de legitimación de la jurisdicción, son la **aristocracia**, surgida de una superioridad moral, científica o técnica, y la **autonomía**, constituida por el acuerdo de todos los interesados. En nuestros días de la “**postmodernidad**” el desarrollo y el reconocimiento de la aristocracia se hacen muy difíciles, sobre todo cuando ésta no se refiere al valor utilidad. Durante mucho tiempo se ha pensado que el mayor título de legitimación de los jueces y de la jurisdicción es la aristocracia de su justicia, mas en esta época y de modo destacado en el marco internacional, esa aristocracia a menudo no existe o no se reconoce. El juez tradicional es de alguna manera un “**héroe**”, pero la llamada “**postmodernidad**” no es época de héroes.

Si el fundamento de la jurisdicción fuera la aristocracia sería en gran medida inevitable que el mismo se proyectara en la coincidencia de la jurisdicción y el Derecho aplicable en un mismo país, ya que correspondería la intervención de quien más “**sabe**” resolver la problemática del caso. Sin embargo, esa aristocracia es muy limitada y habitualmente los jueces del Derecho aplicable no tienen una legitimación tan fuerte.

Ante la imposibilidad de lograr una legitimación aristocrática fuerte, se abre espacio para la legitimación autónoma. Con miras a lograr cierta equiparación entre las partes, que de alguna manera equivalga a la autonomía, se suelen limitar las posibilidades de elección jurisdiccional de los actores remitiéndolos a jurisdicciones conectadas con los demandados, que hagan mayores las posibilidades de éstos para defenderse. Así ocurre que el principio básico para la jurisdicción suele ser la sumisión a los jueces del domicilio, la nacionalidad o la residencia habitual de los demandados. Esto no excluye que, por otra parte, para potenciar a los actores débiles se les otorguen fueros alternativos, incluyendo contactos referidos a ellos mismos (v. gr. para demandar alimentos).

La autonomía de las partes en la elección jurisdiccional, que en sentido estricto difiere de la mera prórroga porque se apoya en el acuerdo de los interesados, goza de gran predicamento, pero suele exigirse que el acuerdo sea real, de modo que las partes conozcan, consientan y negocien libremente y de buena fe. Incluso se desarrolla la jurisdicción arbitral, que avanza en el sentido de la autonomía (se habla en su caso de “**paraautonomía**”) y una y otra reflejan con nitidez la crisis del Estado. Asimismo se llega a tratar de evitar la intervención jurisdiccional con la mediación. En el marco internacional la crisis de estatalidad es de alguna manera consubstan-

(21) Es posible c. “*Revue ...*” cit., t. 81, pág. 580; también puede v. por ej. GROFFIER, Ethel, “*La réforme du droit international privé québécois*”, en “*Revue ...*” cit., t. 81, págs. 584 y ss.

cial, de modo que la autonomía de las partes, el arbitraje y la mediación adquieren especial importancia. La elasticidad de soluciones que requiere la vida internacional suele legitimar el "reenvío" jurisdiccional, de manera que un país puede tener indirectamente jurisdicción porque se la reconoce otro país cuya jurisdicción se admite.

Como a veces los particulares no representan a todos los interesados, en muchos casos la legitimación de la jurisdicción requiere, especialmente en nuestra época de crisis de la aristocracia, una importante legitimación democrática. Sin embargo, ésta resulta siempre de alguna manera claudicante en el marco internacional, en cuanto no hay participación más allá de los marcos estatales.

Cuando las partes maniobran con la jurisdicción para obtener un pronunciamiento de fondo indebido, se produce el **fraude jurisdiccional**. En definitiva importa que todo ser humano tenga **acceso** a la jurisdicción y hay que evitar la **denegación de justicia** que se produce no sólo cuando no hay un tribunal dispuesto a intervenir sino cuando no hay un tribunal accesible. En este marco suele hablarse del foro de necesidad. El pronunciamiento jurisdiccional tiene gran relieve en la inserción de la persona en la sociedad. Un hombre sin juez es un hombre marginal. El fraude y la denegación de justicia se hacen más posibles y de alguna manera más graves cuando se pasa a la perspectiva internacional.

Reconocer el sentido utilitario que tanto influye en las soluciones jurisdiccionales de nuestros días no debe significar, sin embargo, desconocer que en última instancia la jurisdicción no es para la utilidad sino para la justicia.

9. La jurisdicción tiene diversas relaciones con el Derecho de fondo según la **materia** de que se trate. Es muy intensa en el Derecho Penal, menos en el Derecho Privado interno y menos aún en el Derecho Internacional Privado. El Derecho Internacional Privado clásico nació de la idea de que es legítimo separar Derecho aplicable y jurisdicción. Sin embargo, hay que reconocer que en mucho el destino del Derecho Internacional Privado de fondo se juega en el nivel jurisdiccional y que, sin perjuicio del incremento de la separación que puede significar la vía genérica de la autonomía de las partes, hoy muchas veces la jurisdicción trae aparejada la solución directa del caso.