

EL "SANEAMIENTO" DE ORDEN PUBLICO EN EL DERECHO

INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

Cuando la calidad del Derecho extranjero es concebida según la "teoría del uso jurídico" (1), se hace más sostenible la intervención del orden público como reserva "a posteriori", porque al hilo de los diversos grados de aproximación al Derecho extranjero es posible imitarlo sólo en partes (2). El Derecho extranjero contrario al orden público no resulta desjerarquizado en su totalidad, y se abre cauce para que sea "saneado", de manera que ya no resulte inadmisibile. Es preferible imitar una sentencia "relativamente" extranjera, "saneada" a la luz del orden público, que aplicar lisa y llanamente el Derecho propio.

Con miras a "sanear" el Derecho extranjero, urge contar con un método de análisis que permita reconocer cuáles son las perspectivas de su solución que son contrarias a nuestro orden público y, para ello, puede utilizarse la teoría trialista del mundo jurídico (3). El "saneamiento" de una solución jurídica es una posibilidad general de gran importancia, que sólo puede reconocerse en plenitud al hilo de las perspectivas sociológicas y dikelógicas del Derecho, superando las divisiones tajan

tes que promueve el racionalismo. Hay que reconocer cuáles son los despliegues en que la solución cuestionada -en nuestro caso, del Derecho extranjero- resulta injusta y corregir las deficiencias, aplicando las enseñanzas de la dikelogía (4). El "saneamiento" puede producirse en las perspectivas de los repartidores, los recipiendarios, los objetos y la forma de la solución de referencia.

Desde el punto de vista del "saneamiento" de los repartidores, cabe ejemplificar tomando el caso de la posibilidad de que un régimen considere contrario al orden público un divorcio vincular llevado a cabo por mutuo acuerdo de los cónyuges, sin constancia registral, (o sea mediante un reparto "autónomo" de los esposos) por que requiera la intervención de una "autoridad" representativa de otros interesados y dotada de superioridad moral, científica o técnica ("criptoautónoma" y "aristocrática"). Tal insuficiencia de los repartidores podría salvarse con algún tipo de intervención homologatoria de los jueces (repartidores "criptoautónomos" y "aristocráticos") del país cuyo orden público se toma en cuenta.

Desde el punto de vista de los recipiendarios, la "depuración" puede consistir, v. gr., en que se incluya y compatibilice la presencia de un heredero que de acuerdo al orden público del país "imitador" debe figurar entre los que tienen "legítima", porque integran un "complejo personal" con el causante, respetando el régimen del Derecho aplicable en la mayor medida posible.

Con miras a los objetos ("potencias" e "impotencias") de las soluciones extranjeras, es posible sanear -por ejemplo- un régimen de efectos personales del matrimonio

condicionado por la poligamia -e incluso el régimen de validez del matrimonio respectivo- en el que se advierta una ruptura de la integración del sexo en la persona. Al respecto, cabe prohibir la cohabitación, pero respetar los deberes personalizantes de solidaridad en tre los cónyuges.

Acerca de la forma (el camino previo) de la solución extranjera, el "saneamiento" puede ejemplificarse mediante la "depuración" de un proceso en que fue defectuosa la oportunidad de defensa y la "audiencia" del demandado, estructurando vías idóneas para suplir tal deficiencia, sin caer en el rechazo liso y llano de la sentencia extranjera.

En definitiva, cabe subrayar que el método indirecto y el método analítico deben estar constantemente integrados con el método sintético-judicial (de adaptación), también cuando interviene el orden público (5).

(*) Investigador del CONICET.

- (1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935; "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 137 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, "Derecho..." cit., págs. 147 y ss.; VITTA, Edoardo, "Diritto Internazionale Privato", Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, T.I, 1972, págs. 371 y ss., esp., en relación con el tema de esta nota, págs. 406 y ss.; PILLA RIBEIRO, Elmo, "O princípio da ordem pública em Direito In-

ternacional Privado", Porto Alegre, 1966, págs. 116 y ss. Compartimos el llamado sistema "alemán" respecto de las consecuencias del orden público.

- (3) Puede 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.
- (4) Es posible considerar la intervención "a posteriori" del orden público como la producción de una "carencia dikelógico positiva" en el Derecho aplicable y la solución final pone en juego mecanismos de "heterointegración" del ordenamiento normativo del Derecho aplicable (puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, T. I., 1982, págs. 81 y ss.).
- (5) Creemos que el "saneamiento" de las soluciones jusprivatistas internacionales se produce también en el tiempo; por ejemplo: un matrimonio que fue nulo por impedimento de orden público de parentesco al tiempo de su celebración, podría quedar "convalidado" por una muy larga y pacífica convivencia de los cónyuges. El orden público es gradual, atendiendo a la máxima preservación de la persona concreta.