

NOTAS PARA UNA COMPRESION "DIALECTICA" DE LOS TIPOS
LEGALES JUSPRIVATISTAS INTERNACIONALES

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

1. De acuerdo con las enseñanzas del "realismo genético" -según el cual el sujeto descubre y no crea al objeto, haciéndolo con cuantos métodos sean necesarios - (1), corresponde una constante búsqueda de nuevas vías para comprender la realidad, que no necesariamente excluyan, sino puedan integrarse a las ya conocidas. Con este último propósito creemos que -como lo indica el propio nombre Derecho "Internacional Privado"- puede aprovecharse respecto a nuestra rama jurídica (2) la idea de una relación "dialéctica" entre las exigencias de los casos en sí mismos y la internacionalidad, sobre todo en cuanto a la constitución de los antecedentes (llamados también, con cierta concesión en cuanto a amplitud, "tipos legales") de las normas indirectas (3), exigencias que deben confluir en un "Derecho justo".

En el marco de esa relación "dialéctica" entre los casos y la internacionalidad puede hablarse de un principio de "integralidad" y otro de "internacionalidad" de los casos. Creemos que todo el marco del Derecho Internacional Privado en sentido amplio puede ser comprendido al hilo de tal "dialéctica", pero entendemos que para hablar de Derecho Internacional Privado en sentido estricto la determinante última de la construcción de los casos y las soluciones ha de ser la exigencia de internacionalidad. Si bien, por ejemplo, la vía de solucionar el "conflicto de leyes" mediante la elección del Derecho aplicable y la de las soluciones materiales directas pueden ser comprendidas a la luz

de tal "dialéctica", a nuestro parecer el Derecho Internacional Privado en sentido estricto -o sea el área nuclear según su razón de ser dikelógica - es la solución de elección, donde predomina lo internacional con miras al respeto a los elementos extranjeros.

2. En la línea de la integración de los dos principios de "integralidad" de los casos e internacionalidad de su consideración, abierta con el empleo del método indirecto, el método "global", según el cual los casos se remiten en su integridad a un solo Derecho (sólo legítimo para los casos "relativamente internacionales" -4-) es el triunfo del principio de "integralidad" que se atiene a la constitución "propia" del caso; el método analítico-privatista (llamado mayoritariamente analítico-analógico) es un éxito relativo de la internacionalidad y el método sintético-judicial es, más que los otros, síntesis de la "integralidad" y la internacionalidad. Al hilo de esta síntesis de los dos principios se comprende la diferencia entre el carácter más internacionalista del método sintético-judicial (a posteriori del análisis) (5) y las relativamente globalizadoras soluciones materiales.

En términos de estructura de la norma, cabe señalar que hay una "dialéctica" entre la causa y los elementos extranjeros que pueden ser hechos subyacentes al punto de conexión, debiendo ser resuelta dicha tensión a favor de estos últimos. Con referencias dikelógicas puede decirse que, pese al juego de los diversos despliegues que se manifiestan en la "pantomía" de la justicia (6), la internacionalidad exige que para atender a las influencias de "espacialidad" se fraccionen influencias de otros sentidos de justicia que hacen a la "integralidad" del caso.

3. Una de las manifestaciones de la tensión entre el respeto a la "integralidad" y a la internacionalidad de los casos es el conflicto entre las teorías de la jerarquización (real o ideal; con primacía del Derecho Interno o del Derecho Internacional Privado) y las teorías de la equivalencia respecto del llamado problema de la "cuestión previa". En las primeras la "integralidad" de los casos impone la consideración de la conexión entre los problemas; en la segunda el que prevalece es el principio de respeto a la internacionalidad. Puede decirse que en las teorías de la jerarquización prevalece la causa de la norma principal sobre los hechos subyacentes al punto de conexión de la cuestión dependiente y se paga el precio del fraccionamiento de la internacionalidad con miras a tener en cuenta los despliegues de justicia de la "integralidad". En cambio, en la teoría de la equivalencia prevalecen los hechos subyacentes de la norma que podría ser dominada sobre la causa de la posible cuestión dominante, pagándose el precio de fraccionar la "integralidad" para desfraccionar la internacionalidad.

A la luz de tal tensión puede comprenderse, por ejemplo, el intento de conciliación del artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de la CIDIP II (aprobada por ley 22.921) cuando establece "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última." A nuestro parecer, sin embargo, en cuanto se trate de casos jusprivatistas "internacionales" debe prevalecer el principio de respeto a la internacionalidad reconocido por la teoría de la equivalencia.

4. Otra de las manifestaciones de la tensión entre

los casos y la internacionalidad es el fraude a la ley, donde las soluciones pretendidas para ellos pre valecen sobre la internacionalidad real a través de otra insuficiente, que corresponde a la sustitución "superficial" de los hechos subyacentes a los puntos de conexión. Puede decirse que en el fraude a la ley hay un fraccionamiento del complejo real, en el que se pretende dar vida propia a los hechos fraudulentos para desconocer el arraigo profundo en otro país. Al reconocerse la ilegitimidad "básica" del fraude a la ley (que, sin embargo, no siempre resulta en definitiva injusto), cabe admitir el fundamento del artículo 6 de la Convención citada cuando (con un recorte de posibilidades de cierto modo objetable) dice "No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificialmente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte." (primer párrafo). (7).

- - -

(*) Investigador del CONICET - Profesor titular, por extensión de funciones, de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

(1) Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1976, págs. 21 y ss.

(2) Es posible v. por ej. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico", Rosario, 1965 y otros trabajos donde desarrollamos la misma idea.

(3) V. acerca de las normas indirectas GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 5a. ed., Bs. As., Depalma, 1985, págs. 79 y ss.

(4) El método global como complemento del método indirecto es sólo parcialmente posible, porque toda aplicación del Derecho extranjero tiende a ser

analítica desde el punto de vista que la jurisdicción y el procedimiento han de regirse por el Derecho propio.

(5) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, "Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado", con la colaboración en la consulta del material bibliográfico de Juan Carlos Martínez, María Cristina Paglia, Alejandro Posner y Angel Mariano Ramos, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

(6) V. GOLDSCHMIDT, "Introducción..." cit., págs. 391 y ss. y 401 y ss.

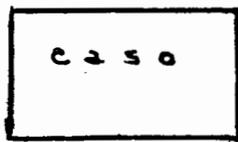
(7) A semejanza de la referencia mínima y la referencia media en cuanto a lo conectado y del abuso del orden público, el fraude a la ley intenta desarrollar una comunidad jusprivatista internacional "nominal" en lugar de la legítima comunidad real).

Para comprender cabalmente el significado del respeto internacional cabe recordar que cuando en Pentecostés se mostró el remedio para superar a Babel los apóstoles no fueron escuchados en su propia lengua ni en una lengua común, sino que cada uno de los oyentes los escuchó en su propia lengua (Génesis, XI y Hechos de los Apóstoles, II).

- - -

Posibilidades gráficas: A) Métodos constitutivos

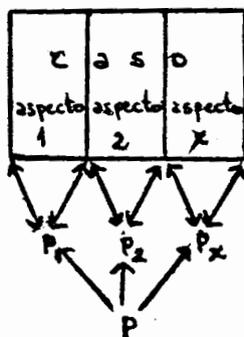
Método global



país de arraigo

país que resuelve

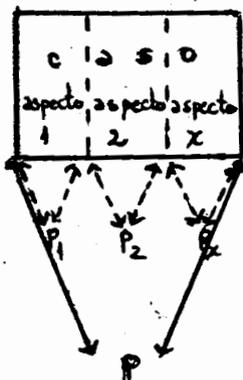
Método analítico



países de arraigo

país que resuelve

Método sintético-ju-
dicial

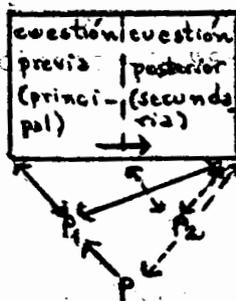


países de arraigo

país que resuelve

B) Cuestión previa

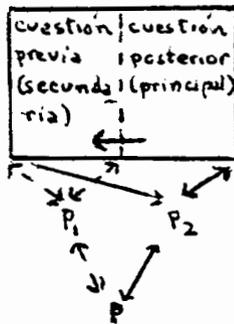
.Jerarquización ideal



países de arraigo

país que resuelve

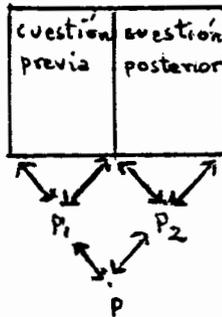
.Jerarquización real



países de arraigo

país que resuelve

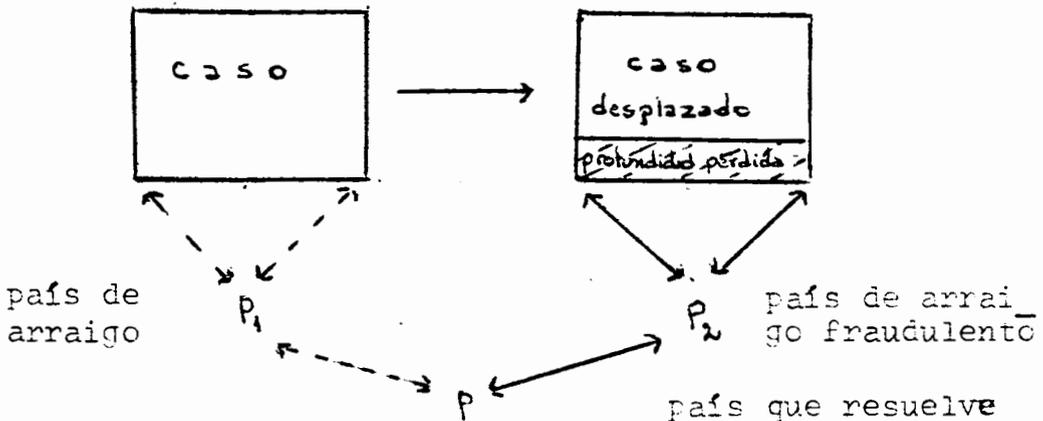
.Equivalencia



países de arraigo

país que resuelve

C) Fraude a la ley



país de arraigo

país de arraigo fraudulento

país que resuelve