MEDITACIONES JUSFILOSOFICAS SOBRE LA HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

a) El Derecho Internacional Privado entre internacionalidad y globalización

1. Entre los múltiples aportes que pueden obtenerse para la mejor comprensión de las ramas del Derecho a la luz de la **teoría trialista del mundo jurídico** (1) se encuentra la captación de la evolución histórica que ha tenido el **Derecho Internacional Privado** en nuestro tiempo (2).

Dentro de la concepción tridimensional del Derecho, que reconoce en éste hechos, normas y valores, la teoría trialista del mundo jurídico señala la existencia de **repartos**, captados por **normas** y valorados (los repartos y las normas) por la **justicia**. A su vez, dentro de la teoría trialista y aprovechando los aportes de la parte general del Derecho Internacional Privado hemos desenvuelto la **teoría general de los contactos de respuestas jurídicas**, que da cuenta de sus alcances, su dinámica y sus relaciones (3).

Nuestro tiempo, de la llamada **postmodernidad** (4), se caracteriza por la presencia de numerosas diversidades de superficie pero una quizás incontrastable imposición profunda de las fuerzas económicas. En ese marco, la **internacionalidad clásica**, signada por la diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y múltiples relaciones diversas entre ellos (5) y por la extraterritorialidad del Derecho Privado para imitar el Derecho más vinculado con cada caso (6), se va transformando en una **globalización** que,

(*) Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U. N. R.

(1) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. 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; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

(2) V. nuestro estudio «Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo», en «Jurisprudencia Argentina», t. 1994-I, págs. 878 y ss.

(3) Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la U. N. R., 1976.

(4) Puede v. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 19, págs. 9 y ss.

(5) V. por ej. VERDROSS, Alfred, «Derecho Internacional Público», 4a. ed. en colaboración con Karl ZEMANEK, trad. Antonio Truyol y Serra, 4a. ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 8 y ss.

(6) V. SAVIGNY, F. C., «Sistema del Derecho Romano actual», trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley,

para los niveles incorporados al sistema capitalista, va abarcando toda la Tierra.

b) Comprensión histórica del Derecho Internacional Privado clásico y postmoderno desde el punto de vista de los alcances de las respuestas jurídicas

2. En el marco histórico de la internacionalidad clásica el Derecho Internacional Privado pudo ser lúcidamente descripto como «el conjunto de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros y de sus soluciones, descritos casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico y sintético-judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero» (7).

En ese ámbito el Derecho Internacional Privado se caracterizaba por **tensiones** entre las **fuentes materiales**, que se iban difundiendo por todo el Planeta y las **fuentes formales**, que predominantemente se originaban dentro de los Estados. El Derecho Internacional Privado clásico fue en gran medida la respuesta a las tensiones espaciales entre materia y forma, v. gr. entre los alcances de las familias, los contratos y las sucesiones y las **leyes**, que en muchos casos eran las fuentes formales más significativas.

La compleja problemática general de calificaciones, cuestión previa, fraude a la ley, reenvío, orden público, etc. respondía a esos desajustes básicos entre materia y forma. En gran medida, el Derecho Internacional Privado clásico se apoyó en fenómenos que la **teoría general de las respuestas jurídicas** pudo llamar de **plusmodelación** (8), por cierta «**sobreactuación**» de la fuentes formales, surgida de la mayor proyección de las realidades materiales (9). Esta prolongación «extraterritorial» exigía un alto esfuerzo de **providencia** de los autores de las fuentes que concluirían aplicándose para casos de cierto modo imprevisibles (10).

En estrecha relación con esas tensiones, la problemática del funcionamiento de las normas del Derecho Internacional Privado clásico estaba centrada en la **determinación** y en la **interpretación** y la **aplicación** de las normas más allá del ámbito para el que habían sido hechas, al punto que por el uso del método indirecto y sobre todo por el carácter indirecto de las normas la determinación se convertía en tarea siempre necesaria (11).

3. En el tiempo actual de la postmodernidad, signado por la mayor o menor decadencia del papel de los Estados y el avance del rol de las empresas, la materialidad ha generado nuevas respuestas surgidas de su gran impulso vital, como la «lex mercatoria», y el equilibrio de las fuentes formales se ha modificado, aumentando decisivamente no sólo la intervención de los contratos sino el despliegue de los **tratados** (12).

Madrid, Góngora, t. VI, 1879, págs. 137 y ss. (esp. párrafo CCCXLVIII)

(7) GOLDSCHMIDT, Werner, «Derecho Internacional Privado», 6a ed., Bs. As., Depalma, 1988, pág. 3.

(8) Pueden v. nuestros «Aportes ...» cits., pág. 51.

(9) *id.*

(10) *id.*, pág. 35. Estos cambios van acompañados de modificaciones metodológicas de gran significación, con el correspondiente avance del método **directo**.

(11) Es posible v. CIURO CALDANI, «Estudios de Filosofía ...» cits., t. I, 1982, págs. 81 y ss.

(12) Puede v. nuestra investigación «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación y Docencia», N° 26, págs. 20 y ss.

De resultados de tales cambios, la tensión entre fuentes materiales y fuentes formales ha disminuido considerablemente. Por ello la problemática del Derecho «Internacional» Privado de la globalización (cada día más Derecho «Privado» Internacional) resulta mucho menos intensa. De alguna manera, se ha producido una disminución de los contenidos materiales abarcados por las normas del Derecho Internacional Privado clásico, con su consiguiente **minusmodelación** (13) por relativo «**vaciamiento**» (14).

La problemática funcional del Derecho Internacional Privado postmoderno está más centrada en la **elaboración** de normas y menos en su determinación y en su interpretación y aplicación extraambientales. Sin embargo, los trámites respectivos evidencian a menudo la **falta de aprovechamiento** de las múltiples enseñanzas que la Filosofía del Derecho, por ejemplo a través de la escuela de la libre investigación científica o el trialismo, puede brindar para la elaboración de normas (15).

c) Comprensión histórica del Derecho Internacional Privado clásico y postmoderno desde el punto de vista de la recomposición de los elementos del reparto

4. La teoría trialista del mundo jurídico permite reconocer que la realidad social del Derecho se centra en **repartos** que son adjudicaciones de potencia e impotencia provenientes de la conducta de seres humanos determinables (16). Para comprender esos repartos hay que considerar sus elementos en cuanto a **repartidores**, **recipiendarios**, **objetos** (potencias e impotencias), **forma** y **razones** (móviles, razones alegadas y razones sociales).

El Derecho Internacional Privado clásico estuvo signado por las **tensiones** generadas por los desajustes entre la **ubicación** de los recipiendarios, los objetos repartidos y las razones sociales, desplegados por el mundo, y la situación de los repartidores, las formas, las razones móviles y las razones alegadas, más situadas en los Estados.

5. El Derecho Internacional Privado de la postmodernidad, signado por el desarrollo de los contratos, la «lex mercatoria» y los tratados, evidencia una mayor **correspondencia** entre tales ubicaciones.

Es importante destacar que en concordancia con la mundialización del espacio de los recipiendarios, las potencias e impotencias y las razones sociales se han globalizado los alcances de los repartidores, las formas, los móviles y las razones alegadas. Los avances crecientemente globalizados de las **formas procesales** y de **negociación** de nuestro tiempo y el imperio de la **razón predominantemente económica** mundial son notorios.

Los cambios de los repartidores, las formas, los móviles y las razones alegadas de los repartos, o sea los fenómenos respectivos de **trasmudación** activa, **transformación** y **trasfiguración** íntima y discursiva, han simplificado las tensiones del Derecho Internacional

13) CIURO CALDANI, «Aportes...» cits., pág. 51.

14) id., pág. 52.

15) Acerca de los aportes de la escuela de la libre investigación científica v. por ej. GÉNY, F., «Science et technique en droit privé positif», Paris, Sirey.

16) GOLDSCHMIDT «Introducción...» cit. págs. 49 v ss (párrafos 49 v ss.)

Privado clásico (17). Puede decirse que en la vertiente globalizada se ha producido una «**recomposición**» del reparto iusprivatista internacional clásico.

d) Comprensión histórica del Derecho Internacional Privado clásico y postmoderno desde la relación entre respeto y recepción

6. Como de manera brillante lo señalaba Werner Goldschmidt, en el despliegue clásico el Derecho Internacional Privado es un Derecho de **respeto** al elemento extranjero, considerado válidamente distinto (18). De cierto modo, es un Derecho de la unicidad y la tolerancia. En cambio, el Derecho Internacional Privado que paralelamente se desarrolla en la postmodernidad es un Derecho de la **recepción**, como siempre principalmente de modelos de los países dominantes, y de **reelaboración** (19).

El respeto es un fenómeno de sujetos muy consistentes, como los de la modernidad, en tanto la postmodernidad se remite a diversidades débiles mezcladas en un marco de abrumadora uniformidad utilitaria.

e) Horizonte histórico general

7. Las consideraciones que anteceden ponen una vez más en evidencia la fuerte **influencia** que las fuentes materiales - sobre todo desde sus ámbitos económicos - ejercen, en especial en nuestro sistema, sobre las fuentes formales. Si bien existen también influencias de sentidos inversos, de las fuentes formales sobre las materiales, el predominio de la materialidad ha resultado notorio.

También se muestra la tendencia, que creemos de alcance general, a la **recomposición** de los elementos de los repartos. Creemos que además existe una inclinación a que los alcances de los recipiendarios y los objetos de los repartos prevalezcan sobre el resto de los elementos respectivos (20).

8. No debe causar sorpresa que, pese a disponer de instrumentos teóricos altamente esclarecedores, como los de la escuela de la libre investigación científica y el trialismo, la

(17) CIURO CALDANI, «Derecho ...» cit., pág. 52.

(18) V. por ej. GOLDSCHMIDT, «Derecho ...» cit., págs. 13 y ss. (párrafos 15 y ss.). «Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado», 2a. ed., Bs. As., EJEA, t. I, 1952, págs. 32 y ss

(19) Pueden v. nuestros estudios «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Direito Civil», 8, págs. 73 y ss. y «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín del Centro de Investigaciones ...» cit., N° 9, págs. 33 y ss

(20) Los cambios en los alcances de las fuentes materiales y formales son paralelos a los cambios en los alcances fácticos y conceptuales de las respuestas jurídicas que han influido también en toda la composición de la posición social de los hombres, comprensible a la luz de los pronombres personales (puede v. nuestro estudio «Comprensión del «complejo personal» a través de los pronombres personales», en «Boletín del Centro de Investigaciones ...» cit., N° 14, págs. 13 y ss.). «Yo», «tú», «él», «nosotros», «vosotros» y «ellos» tienen diferentes alcances por el paso de la internacionalidad clásica a la globalización. El Derecho Internacional Privado clásico fue sobre todo un marco de relación entre el «**nosotros**» y el «**vosotros**». El Derecho Internacional Privado de la postmodernidad se caracteriza por un «**nosotros**» débil, del sector globalizado, y un «**ellos**» en la relación con los marginales (es posible c. nuestro artículo «Filosofía jurídica de la marginalidad, condición de penumbra de la postmodernidad», en «Investigación ...» cit. N° 25, págs. 25 y ss.)

filosofía y la ciencia del Derecho prescindan demasiado de ellos.

Los **países y las fuerzas económicas dominantes**, exportadores de paradigmas científicos, no están dispuestos a que la ciencia pueda comprender y criticar ponderadamente los fenómenos y envían sobre todo el «vacío» de la filosofía analítica o una crítica que desde el punto de vista jurídico es impotente.

Los **países y las economías dependientes**, importadores de paradigmas, no poseen la libertad requerida para emplear los recursos de comprensión necesarios, aunque a veces ellos hayan sido elaborados en sus propios medios. ¡Desdichada la inteligencia marginal!

9. Las consideraciones que anteceden no deben llevar, sin embargo, a sostener el «fin de la historia». Es posible que nuevos desajustes se produzcan en los alcances de las fuentes materiales y las fuentes formales y de los elementos de los repartos, v. gr., por fenómenos ya presentes de integración y de regionalización, y que **la historia continúe** (21).

(21) En relación con la perspectiva jusfilosófica del Derecho Internacional Privado pueden v. por ej. nuestras investigaciones «Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979 y «Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.