

LA GLOBALIZACION/MARGINACION Y EL REPLANTEO DE LOS TIPOS LEGALES Y LOS PUNTOS DE CONEXIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

(En la búsqueda de la universalización como integración planetaria
– Notas para la historia de la cultura jusprivatista internacional)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

I. La comunidad jusprivatista internacional clásica

1. La *comunidad internacional juspublicista* se formó a partir del siglo XVI, casi simultáneamente con los Estados modernos, constituida por esos Estados, en condiciones de *independencia y relativo respeto recíproco*, y por el *relacionamiento* intenso, que requería una compleja regulación jurídica ¹. Con los procesos de “descolonización” llegó a abarcar, en el siglo XX, a todo el Planeta. Como continuidad de la comunidad juspublicista, a partir del siglo XIX se constituyó, sobre todo con aportes teóricos de Federico Carlos de Savigny y recuperando rasgos de las relaciones interregionales medievales, la *comunidad internacional jusprivatista*, en la que los Estados se consideraron obligados, por costumbre, a aplicar el Derecho *más relacionado* con cada caso, podría decirse, con el asiento del mismo ².

Esa construcción del Derecho Internacional Privado, apoyada en la “*extraterritorialidad*” del Derecho declarado aplicable y en el “*método indirecto*” e inspirada al fin en el *respeto*

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

¹ Es posible c. por ej. VERDROSS, Alfred, con la colaboración de Stephan Verosta y Karl Zemanek, “Derecho Internacional Público”, trad. Antonio Truyol y Serra, 6ª. ed., 1ª. reimp., Madrid, Aguilar, 1978, págs. 8 y ss.

² Decía Savigny que “Para reconocer el lazo que une una persona con un derecho positivo determinado es preciso recordar que el derecho positivo mismo tiene su asiento en el pueblo ...” (SAVIGNY, F. C., “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Jacinto Mesía - Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, págs. 1879, párrafo CCCXLV, págs. 131/2, en general págs. 128 y ss.). Sobre la filosofía de los puntos de conexión puede v. el trabajo obrante en nuestros “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, t. III, 1984, págs. 38 y ss.

al elemento extranjero, constituye la perspectiva más característica de la materia ³. Así se ha formado el Derecho Internacional Privado “clásico”, que es todavía el núcleo de la diferenciación de este ámbito jurídico.

Cuando en 1935 Werner Goldschmidt ideó la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado, sistematizando los problemas que se habían ido descubriendo en varias décadas de la existencia de la materia, en relación con la estructura de la norma, se establecieron mejor las condiciones para apreciar la vinculación de esas cuestiones con la lógica de la comunidad jusprivatista internacional ⁴. En un episodio más del diálogo entre razón e historia, se pudieron apreciar con más claridad los significados de los problemas generales, descubiertos como resultado de los distintos niveles de urgencia para desenvolver la comunidad jusprivatista internacional, respecto de la existencia de esa comunidad.

En la problemática del antecedente, la cuestión previa plantea en especial la tensión entre la lógica del tiempo y la lógica del espacio estatal de los casos. El rechazo del fraude protege la diferenciación de los Estados para que no quede a merced de las manipulaciones de las partes. En la problemática de la consecuencia, la determinación temporal de los puntos de conexión y los alcances de la referencia al Derecho extranjero declarado aplicable sirven al relacionamiento entre los Estados, en tanto la reserva del orden público preserva las particularidades de los distintos regímenes estatales respecto de la admisión de los Derechos extranjeros cuyos contenidos les son incompatibles.

2. Para comprender la formación del Derecho Internacional Privado en profundidad hay que tener en cuenta que los Estados de Europa occidental que formaron la comunidad internacional básica tenían un *patrimonio cultural común* y poseían a su vez *rasgos diferenciadores*.

Los Estados “occidentales” *compartían*, en diversos grados, una cultura relativamente “marítima” y por tanto audaz y dinámica, y eran herederos de aportes griegos, romanos, judeocristianos y germánicos ⁵. Habían recibido de *Grecia* la vocación de saber constantemente renovada de la Filosofía, que se desarrolló además en la ciencia; el sentido

³ Pueden c. nuestros estudios “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado” (con colaboración), Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978; “Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1979 y “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.

⁴ Cabe c. GOLDSCHMIDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935.

⁵ Es posible c. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

prometeico del pecado triunfante; el arte antropocéntrico y la aspiración democrática. *Roma* les había aportado un fuerte sentido práctico, capaz de construir caminos, puentes y acueductos todavía utilizados muchos siglos después, una gran capacidad administradora y el Derecho Privado de la propiedad privada y la libertad de contratación que, si bien eran de cierto modo otorgadas por el Estado, limitaban su poder.

Del *judeocristianismo* habían obtenido la creencia que las comunidades israelitas habían plasmado en la Biblia, que incluye un Dios creador, persona, omnisciente, omnipotente y omnipresente, casi innombrable e irrepresentable, equilibrada por el sentido del pacto con el pueblo elegido y, al fin, por la actitud adánica del pecado claudicante que, de cierto modo, había estallado en la creencia cristiana en la Encarnación, la Redención y la Resurrección, en la exigencia del amor no sólo al prójimo sino al enemigo y en la enseñanza de que el Reino no es de este mundo. El legado *germánico* brindó individualidades fuertes con sólida inserción social. En tanto el régimen patrimonial se nutría en especial, de modo creciente, con los aportes romanos, la familia había sido particularmente signada por el legado judeocristiano.

Los Estados que formaron la comunidad internacional se *distinguían* sobre todo por diversos sucesos medievales y modernos, que incluían la diferenciación de la zona continental y británica, por ejemplo a través del mayor apego a la *razón* o a la *experiencia* y en el despliegue de los subsistemas del Derecho llamado “romano-germánico” y el “common law”; por las diversidades religiosas de la *Reforma* luterana y calvinista y la *Contrarreforma*; por la presencia árabe en algunas regiones del sur y por las divisiones emergentes de supervivencias *feudales* y *desarrollos capitalistas* que habían comenzado en la Baja Edad Media. Por esos cauces se alcanzarían las primeras revoluciones burguesas y se promoverían movimientos socialistas. Junto a los tradicionales sistemas monárquicos comenzarían a constituirse las repúblicas modernas.

La mejor comprensión de la “inter-nacionalidad” se logra cuando se considera que los Estados modernos nacieron de la alianza de la *burguesía*, necesitada de mercados más amplios que los de las ciudades “burgos”, con los *reyes* que poseían los espacios ambicionados. Ese impulso burgués explica y diversifica, en gran medida, la propia formación internacional. En el siglo XIX, la carga cultural diferenciada de Occidente fue generando los Estados *nacionales*.

Los grandes teorizadores de los Estados modernos y luego nacionales, como Maquiavelo, Hobbes, Bodin, Locke, Rousseau, Fichte, etc. y los grandes teorizadores de la comunidad internacional en lo publicista y lo privatista, como Vitoria, Suárez, Grocio y Savigny, etc., son claros exponentes de la “occidentalidad”. La comunidad jusprivatista internacional es un producto de las hondas raíces de Occidente, que sólo pudo desarrollarse en ese marco y encuentra grandes dificultades cuando lo trasciende. A medida que se hace referencia a otros sistemas jurídicos y culturales, incluso al relativamente cercano y especialmente enfrentado sistema musulmán, que comparte por ejemplo parte de nuestra herencia religiosa, los

obstáculos en cuanto a respeto entre los Estados y relaciones se incrementan ⁶.

3. Cada composición cultural existente dentro de las características comunes y diversas de Occidente se expresa en maneras compartidas y distintas de concebir los *problemas a reglamentar* y los modos de *resolverlos*.

En el complejo marco occidental, las cuestiones privatistas en general, que reciben destacada consideración, fueron quedando tensamente diferenciadas en ámbitos más *patrimoniales*, con gran protagonismo de los asuntos contractuales, o *familiares*. Sobre las bases comunes y diversas se formaron conceptos privatistas que distinguen perspectivas personales, familiares y patrimoniales con contenidos relativamente diversos, por ejemplo, más *individualistas*, como los que reflejó el Código Civil francés, o más *sociales*, como los que propuso el propio Savigny en la división pentárquica del Derecho Civil y se expresaron en el Código Civil alemán o, sobre todo, alcanzaron al sentido corporativo del Código Civil italiano.

La referencia a los Derechos aplicables llegó a hacerse mediante “*puntos de conexión*” que indican, de manera abstracta y determinable por las circunstancias de los casos, Derechos que, dada la nitidez de la constitución del “damero” internacional, resultaban “puntualmente” identificables. Con afinidades con la teoría egológica del Derecho, podría llegarse a decir que a través del “sentido” asignado a los casos se encuentra su “situación” jurídica.

Mucho se debate, también como consecuencia del plexo de bases culturales referidas, acerca de los puntos de conexión más apropiados para cada caso, pero al fin se trata de optar por una de las diversidades estatales en un marco común ⁷. La solución de “*correspondencia*” del antecedente con la consecuencia signada por el punto de conexión se produce por la cultura *diferenciada* pero con *bases comunes*.

Pese a que la materia y su disciplina son en general productos de la historia occidental, la racionalidad “pensada” francesa, de influencia cartesiana, influyó de modo especial en la jurisprudencia constitutiva del Derecho Internacional Privado clásico y la racionalidad más abstracta alemana, de bases más leibnizianas, dio a la doctrina un vuelo muy destacado.

⁶ Acerca del sistema musulmán cabe c. por ej. ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981. En cuanto al Derecho Comparado es posible v. por ej. nuestro estudio “Filosofía y método del Derecho Comparado”, en “La Ley”, t. 1989-C, págs. 1080 y ss. C. además el panorama general en ZWEIGERT, Konrad - KÖTZ, Hein, “Introduction to Comparative Law”, trad. Tony Weir, 3ª. ed., Oxford, Clarendon, 1998; DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10ª. ed., París, Dalloz, 1992; LOSANO, Mario G., “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982. Es relevante c. GOLDSCHMIDT, Werner, “La Anomología (o ciencia del Derecho Comparado)”, en “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico y otros ensayos”, Bs. As., de Belgrano, 1979, págs. 123 y ss.

⁷ Puede v. nuestro estudio “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.

4. Las construcciones normativas son siempre “fraccionamientos” de la realidad social de los casos y de las proyecciones de justicia, productores de certeza y de seguridad. Los antecedentes jusprivatistas internacionales y los “puntos de conexión” son “*recortes*” espaciales enérgicos que, dada la relativa nitidez de los alcances de la vida estatal, se han venido considerando suficientemente representativos.

La diferenciación de los pueblos, emergente de la existencia de distintas culturas, ha permitido al fin, en la gran mayoría de los casos, una referencia específica clara, aunque la unidad básica evita las fracturas. Se logra así que el ideal de “respeto” a los elementos extranjeros se haga viable a través de los puntos de conexión utilizados casi siempre de manera *no acumulativa simple (unitaria simple)* ⁸.

Las excepcionales insuficiencias de relación “puntual”, por no existir incluso a veces en el Derecho Internacional Privado clásico una total diferenciación del “damero” internacional, se resuelven según juegos de puntos de conexión *no acumulativos (unitarios)* “*condicionales*”, sean “subsidiarios” o “*alternativos*”, y *acumulativos “iguales”* o “*desiguales*”.

Cuando los casos no se producen dentro de un Estado, la solución de correspondencia es la aplicación de diversos Derechos. A un problema de especial complejidad internacional le corresponde un complejo de puntos de conexión.

En la medida que no se puede considerar al caso “situado” en su totalidad en un país se emplea, desde el comienzo del desarrollo de la materia, un *método analítico* que, sobre todo por el esfuerzo luminoso de Savigny, es casi siempre el método “privatista”, denominado con frecuencia método “analítico analógico” (con el Derecho Privado Interno).

Mediante los “fraccionamientos” de los puntos y del análisis se consiguen certeza y seguridad en el Derecho que corresponde aplicar, aunque se corre el riesgo de perder el sentido profundo de los problemas.

5. En el desenvolvimiento del complejo de las *ramas jurídicas*, que ha de estudiar la *Teoría General del Derecho*, el Derecho Internacional Privado clásico de la vertiente alemana, que predominó al menos en medios como el nuestro, se presenta con cierta vocación de *aislamiento*, podría decirse de “pureza” del conflicto de leyes distanciándose, por ejemplo, no sólo del Derecho Público sino del Derecho Privado Interno e incluso del Derecho Procesal ⁹.

II. La comunidad jusprivatista internacional en la globalización/marginación

6. Esa realidad del “damero” internacional ha cambiado muy significativamente. Creemos

⁸ Es posible c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1987.

⁹ Cabe tener en cuenta nuestras “Lecciones de Teoría General del Derecho”, en “Investigación y Docencia” cit., N° 32, págs. 33/76.

que nos encontramos en una nueva “era” de la Historia. Las estructuras de los Estados modernos y su internacionalidad estaban en estrecha relación con estilos de vida y, de modo especial, con infraestructuras de fuerzas y relaciones de producción que fueron variando de manera tal que las vinculaciones se han modificado cuantitativa y cualitativamente. Hoy, en tiempos no sólo del petróleo sino de la electricidad y la energía atómica y del despliegue del contrato, los casos llegan a desbordar ampliamente los límites estatales¹⁰.

Las nuevas realidades reclaman procesos de *integración* y producen fenómenos de *globalización/marginación* e incluso se manifiesta cierta *estatalidad mundial* encabezada por los Estados Unidos de América, situaciones a los que muchos deseamos ver convertidas en una “*universalización*” respetuosa de las particularidades¹¹.

Aunque el Derecho Universal es una realidad inherente a la existencia misma de la humanidad en el Planeta, la “universalización” a la que aspiramos es la que, de diversas maneras, “integre” las particularidades en la complejidad de la vida de todos los hombres¹². Urge en especial evitar que las culturas no occidentales o no plenamente tales en el sentido anglosajón dominante, como de cierto modo son las latinoamericanas, sean incomprendidas en el curso de la globalización/marginación¹³. Hay que preservar el “contenido” diverso de la vida humana en el Planeta, que se halla en definitiva en los resultados de “*lo conectado*”. La referencia jusprivatista internacional se dirige a Derechos estatales, pero en última se trata de despliegues específicos de la vida planetaria.

Desde la perspectiva cultural occidental básica, en la actualidad hay un incremento de la presencia relativamente romana, con consiguientes debilitamientos de las influencias griegas, judeocristianas, germánicas, etc. Tal vez quepa decir que se forma un nuevo “imperio”, análogo al romano. También ahora los requerimientos son de cierto modo superficiales. En el

¹⁰ Puede v. nuestro artículo “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 ...” cit., N° 26, págs. 20 y ss.

¹¹ Acerca de la globalización/marginación es posible v. por ej. STIGLITZ, Joseph E., “El malestar en la globalización”, trad. Carlos Rodríguez Braun, 6ª. reimp., Bs. As., Taurus, 2002; LA GLOBALISATION ET LA LOI, CONSÉQUENCES ET CONTRAINTES DÉCOULANT DE LA GLOBALISATION POUR LES SYSTEMES JURIDIQUES NATIONAUX, Josep Verde i Aldea, <http://www.globalprogress.org/frances/aportaciones/aldea.html> (30-9-2002); Actualité et Droit International, Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale, L'OCCIDENT E(S)T LE MONDE par Pierre-Henri Imbert, <http://www.ridi.org/adi/200110phi.html> (30-9-2002); Le Débat Stratégique N°58 -- Septembre 2001, L'hégémonie américaine après le 11 Septembre, par Saïda Bédar, <http://www.ehess.fr/centres/cirpes/ds/ds58/hegemo.html> (30-9-2002); cabe c. por ej. la tarea del Centre de recherche sur la mondialisation, <http://www.globalresearch.ca/articles/LAD205A.html> (30-9-2002); El Desafío ético de la globalización, Zygmunt Bauman, <http://www.ugt.es/globalizacion/bauman.htm> (4-10-02).

De cierto modo, los acuerdos que constituyen la Organización Mundial del Comercio pretenden formar una “constitución formal” del Estado mundial.

¹² Respecto de la comprensión planetaria del fenómeno jurídico puede v. por ej. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

¹³ De aquí la gran importancia que, sobre todo desde la perspectiva de países como el nuestro, tienen la integración latinoamericana y en especial el Mercosur.

viejo imperio había que pagar tributo y rendir culto al emperador; ahora hay que cumplir con las obligaciones de distribución de la riqueza en beneficio de los poderes imperiales y rendir culto al credo liberal económico.

7. En general en el tiempo actual se tiende a la *contractualización* y *superficialización* de la comprensión de los casos. Sin embargo, es relevante que el proceso de “contractualización” de los problemas no sea una fachada que oculte, bajo las referencias al consenso, fenómenos de dominación. No es lo mismo atender a la contractualización del régimen de bienes del matrimonio en una sociedad donde los cónyuges están socialmente equiparados que en otra donde puede encubrir el despojo de uno de ellos; no es equivalente un contrato entre grandes empresas que otro entre un gran poder financiero mundial y un Estado en condiciones de debilidad.

Algunos problemas, como los de la *propiedad inmaterial*, crecen significativamente en su importancia y en sus proyecciones mundiales. En el complejo panorama respectivo, no es la misma la calidad de las respuestas que han de tener la propiedad literaria, las invenciones y las marcas, ni ha de ser homologada la condición de los países ricos y los pobres.

8. Si bien hay procesos de relativa ruptura de la “inter-nacionalidad”, con el avance de soluciones de “aplicación inmediata” que contienen un sentido de mayor resguardo de las particularidades de los Estados, en general predomina un proceso inverso en el cual, en correlación con la integración y la globalización/marginación, la puntualidad de los asuntos de los casos se va debilitando.

Los puntos de conexión *pierden nitidez y fuerza* y se van orientando hacia *preferencias* menos dirigidas al respeto a las particularidades y más encaminadas a obtener soluciones que la globalización considera deseables. A diferencia de las territorialidades y extraterritorialidades tradicionales se forman, en distintos grados, ámbitos territoriales más amplios, que incluyen la marginación de las divisiones tradicionales hasta abarcar el Globo en realidades de creciente *crisis del espacio* y de fuerza paradigmática de los “no lugares”.

Entre los puntos de conexión más significativos de la internacionalidad clásica están el domicilio, la nacionalidad, la sede de las sociedades, el lugar de celebración, el lugar de situación de los bienes, etc. En la realidad actual se multiplican los casos de personas con domicilio difuso y con varias nacionalidades; las sedes dispersas; la celebración indefinida, incluso por el empleo de medios electrónicos; la mutación de la situación de los muebles, etc.¹⁴ Incluso los puntos de conexión que parecen ganar adhesiones, como la residencia habitual, suelen presentar características espaciales difusas.

¹⁴ Es posible v. por ej., además de la tendencia evidenciada por ej. en la CIDIP; Publicaciones Jurídicas Venezolanas, Bosquejo de la ley venezolana de Derecho Internacional Privado (*), José Muci-Abraham (**), <http://www.zur2.com/fcjp/116/muci.htm> (6-10-02); Tienda.Terra, Aspectos Procesales, La selección del Derecho aplicable a los contratos, <http://www.terra.com.ve/derechoynegocios/articulo/html/ple63.htm> (6-10-02).

El debilitamiento de fuerza vital compleja de los contactos se manifiesta en tendencias frecuentes a adoptar el referido punto de conexión personal de la residencia habitual, abandonando la riqueza de sentidos que tiene, por ejemplo, el domicilio. En concordancia con la relativa *contractualización* de los sentidos atribuidos a los casos se incrementa el empleo del punto de conexión *autonomía de las partes*, que excede la división “internacional” instalándola en una perspectiva “inter-personal”, e incluso hay tendencias a su sustitución por la *autonomía material* ¹⁵. A veces se prefieren puntos de conexión “abiertos”, como el de la mayor vinculación con el caso, u *orientados* a obtener soluciones queridas por sus contenidos, sin interesar el asiento espacial específico, como el del Derecho más favorable a la validez del acto, que gana adhesiones ¹⁶. Los medios de especial resguardo de la estatalidad, como el rechazo al fraude a la ley y el orden público, se debilitan en cuanto signifiquen proteger particularidades débiles.

9. Uno de los objetivos especiales ha de ser cuidar que las personas no sean “cosificadas”, remitiéndolas en demasía al lugar de su mera residencia (situación) habitual. Si una persona tiene “distintos domicilios” puede ser necesario calar hondo en el sentido del domicilio para lograr, mediante un mejor reconocimiento o una respuesta material, respetar lo que mediante el domicilio se pretende respetar. La vocación de los pretendientes a ser padres adoptivos, pertenecientes con gran frecuencia a países poderosos, suele extender la falta de consideración integral de los menores sometidos a adopción, desarraigándolos del domicilio de su familia de origen para referirlos a la “situación” de su residencia habitual. Aunque en muchos casos la residencia habitual coincida con el domicilio, es claro que su efecto real y conceptual de desarraigo familiar es muy alto.

Hay que superar el empleo indiscriminado de la autonomía conflictual y de sus manifestaciones ocultas, como la referencia al lugar de constitución de las sociedades, cuando ella se encamina a acentuar la condición de los débiles, sean particulares o Estados. En el mundo actual la autonomía ha mostrado sus sentidos a veces beneficiosos y en otros casos dañinos, por ejemplo, en el despliegue de los acuerdos comerciales internacionales en sentido amplio, que tan importante papel han tenido en la eliminación de fronteras que a veces son de privilegio y en otros marcos son protectoras. Importa neutralizar las políticas que, bajo apariencias de autonomía, son impuestas a los países en desarrollo en contra de su propio desenvolvimiento ¹⁷.

¹⁵ Es posible c. nuestro artículo “La autonomía de las partes en el mundo jurídico en general y en la elección del Derecho aplicable”, en “Juris”, t. 47, págs. 229 y ss.

¹⁶ Cabe c. v. gr. II. 2 Derecho Internacional Privado, El interés del menor como principio inspirador de la adopción internacional *, Por Da. Antonia Durán Ayago, <http://www-derecho.unex.es/biblioteca/Sumarios/Ft/menor.pdf> (6-10-02).

¹⁷ Puede v. por ej. STIGLITZ, op. cit., págs. 11/12.

Una de las mayores rupturas de la lógica tradicional de la justicia es tratar de manera igual a los desiguales y la autonomía conflictual, como toda otra autonomía, corre a menudo el riesgo de ignorar las “asimetrías” que generan desigualdad ¹⁸. Estimamos que la superación necesaria del liberalismo económico radical, impuesto sobre todo en la década de los noventa del siglo XX, exige retomar caminos de cierta intervención de los Estados. Sobre estas bases hay que superar la indefinición espacial que suele pretenderse mediante la autonomía. Sin embargo, no es el mismo el significado legítimo que ésta puede tener en un proceso de integración cabal que en otro de dominación, aunque se lo revista de términos de integración, como puede suceder en el ALCA ¹⁹.

La remisión de la existencia de las sociedades comerciales a la ley del lugar de su constitución tiende a permitir que éstas se desenvuelvan en “burbujas globalizadas” de paraísos societarios, eludiendo su inserción real, en países reales, que en cualquier caso controlarían más las posibilidades de abusos en el propio desenvolvimiento societario interno. Creemos necesario reconsiderar, directamente o por controles de habilitación, los resultados del punto de conexión lugar de constitución.

Es necesario repensar la *profundidad* de lo que se pretende en los puntos de conexión y resguardar la riqueza vital que así puede ser protegida. Se debe lograr que los puntos de conexión “*correspondan*”, es decir se vinculen de manera legítima, con los requerimientos de los casos y no produzcan mera “yuxtaposición”, y para conseguirlo vale atender a los significados que van teniendo los casos. No es la misma, por ejemplo, la intercambiabilidad de los Derechos que puede satisfacer a un verdadero proceso de integración, superador de las particularidades, que su mera sustitución *fraudulenta* o *abusiva* en vías de mera globalización y marginación.

10. En la actualidad el propio empleo del método indirecto es abandonado, con relativa y quizás excesiva frecuencia, en aras del empleo del *método directo* de soluciones materiales que, por las sendas generales de los tratados, la uniformación y los usos, o por las vías particulares de las propias sentencias, excluyen o debilitan las diversidades.

Una saludable referencia a lo concreto lleva a comprender la importancia de incluir en el Derecho Internacional Privado no sólo el *conflicto de leyes* sino el *conflicto de jurisdicciones* y la “*transposición procesal*”.

En general se manifiesta la tendencia común del Derecho de nuestro tiempo a la *flexibilidad*, aunque a veces ésta responde a las exigencias de la vida nueva en términos

¹⁸ STIGLITZ, op. cit., pág. 14.

¹⁹ Es posible v. nuestros “Aportes ...” cit., págs. 59 y ss.

de universalización y en otros casos a la mera globalización²⁰. El sentido práctico de la cultura anglosajona dominante se desenvuelve e impone por la influencia de la Potencia hegemónica.

11. Para encontrar los caminos de las soluciones más aceptables, vale *comparar* las respuestas que pueden recibir los casos. La comparación de los resultados no ha estado nunca totalmente fuera de las consideraciones jusprivatistas internacionales, sobre todo a nivel judicial, e importa que se haga de manera científica²¹. Para ello importa tener en cuenta, por ejemplo, los métodos de análisis de las adjudicaciones que brindan la *teoría trialista del mundo jurídico* y la *teoría de las respuestas jurídicas*²².

Conforme a la teoría trialista, hay que apreciar al fin, v. gr., quién reparte, quiénes se *benefician* y se *perjudican*, en qué aspectos de la vida, cómo se llega a las decisiones y cuáles son los móviles, las razones alegadas y las razones sociales respectivos según los distintos Derechos de cuya posible aplicación (mejor “imitación”) se trata. Es relevante establecer el grado de legitimidad que se alcanza en todas esas perspectivas y si los individuos resultan debidamente protegidos contra todas las amenazas, de los demás, como individuos y como régimen, de sí mismos y de todo “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, etc.). Con miras a comprender mejor los fundamentos de las soluciones es esclarecedor emplear el método de las variaciones, que modifica imaginariamente los casos para reconocer cuándo y consecuentemente por qué se mantienen o diferencian.

Se han de considerar, además, las respuestas, de coexistencia, integración, dominación, aislamiento, etc. en que queden los interesados, teniendo en cuenta cuáles de ellos “califican” los casos por un Derecho que los representa o por sí mismos; quiénes resultan más satisfechos

²⁰ Puede v. por ej. GONZALEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 287, págs. 9 y ss.; también es posible c. por ej. DOLINGER, Jacob, “Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts”, en “Recueil ...” cit., t. 283, págs. 187 y ss.; McCLEAN, David, “*De Conflictu Legum*. Perspectives on Private international Law at the Turn of the Century”, en “Recueil ...” cit., t. 282, págs. 41 y ss.; JAYME, Erik, “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face a la globalisation (conférence)”, en “Recueil ...” cit., t. 282, págs. 9 y ss. Cabe c. CARBONNIER, Jean, “Flexible droit”, 4ª. ed., París, L.G.D.J., 1979.

²¹ Incluso se ha llegado a señalar que varios de los grandes problemas generales de la norma de conflicto de leyes se descubrieron por la resistencia de los tribunales franceses a aplicar Derecho extranjero, incluso al punto de buscar el beneficio del Estado francés, como en el caso Forgo.

²² Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico cabe c. v. gr. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios ...” cit.; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. En cuanto a la teoría de las respuestas jurídicas pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976, págs. 59 y ss.

con los alcances que se dan a los problemas; si hay posibilidades de fraude y quiénes pueden hacerlo; si se admiten reenvíos a otros criterios de solución y quiénes se benefician con ellos; si hay posibilidades de defenderse con rechazos por incompatibilidades (v. gr. de orden público, denegación de justicia, etc.) y qué partes pueden lograrlas.

La vieja experiencia del Derecho Privado en el reconocimiento de la *lesión* no debe quedar excluida de la consideración de la elección del Derecho aplicable, sea por las partes o los gobiernos. La complementación del planteo científico con despliegues *jusfilosóficos* parece imprescindible.

12. Como hemos señalado, la actualidad parece mostrar la formación de un inevitable *Estado planetario* en etapa “hobbesiana” de monopolio del poder por el nuevo “gobierno” mundial, que somete y uniforma, pero pretendemos que se integren perspectivas “lockeanas” y “rousseauianas” que permitan la consideración de la unicidad y la igualdad a través del liberalismo político y la democracia. El empleo lúcido del método indirecto, a través de los puntos de conexión, es un recurso imprescindible para el *liberalismo político planetario*, hoy asaltado por el aparente *igualitarismo* y la *discriminación* de la globalización/marginación que incluso se esconden en el respeto a ciertas diversidades culturales internas de Occidente.

El porvenir mostrará cuál es el sentido vital que se impondrá, pero no creemos conveniente la destrucción de las diversidades, que perjudica al fin no sólo a los marginados sino a los propios globalizados. Estimamos que si la igualdad ha de avanzar, debe hacerlo por carriles de respeto a la dignidad humana.

13. Si se considera el efecto devastador que la globalización/marginación puede tener en los países en desarrollo y en especial sobre los pobres de esos países, se advierte mejor que uno de los desafíos de la comunidad jusprivatista internacional actual es lograr que los cambios de la realidad, la construcción de los antecedentes y las preferencias en cuanto a los puntos de conexión o las respuestas directas no acentúen esa consecuencia destructiva ²³.

Es más, aunque los gobiernos suelen ser dominados, urge considerar que debajo de los sectores globalizados subsisten las diferencias que no se expresan con suficiente fuerza en los cauces internacionales clásicos, quizás con rasgos de mayor importancia. La crisis de la representación es uno de los grandes problemas de nuestro tiempo. Tal vez para superarla haya que incrementar en alguna medida la atención a las soluciones valiosas para los *casos concretos*, según sus *particularidades culturales*, aunque cuidando siempre que en principio es preferible no juzgar sino imitar los Derechos aplicables.

²³ Respecto del efecto devastador que puede llegar a tener la globalización cabe c. por ej. STIGLITZ, op. cit., (por ej. págs. 11, 16, 17, etc.).

14. En cierto sentido puede decirse también que la nitidez de la “*tesis*” internacional de la “modernidad” se diluye deviniendo en la “*antítesis*” globalización/marginación de la “postmodernidad”²⁴. A nuestro parecer, se requiere una “*síntesis*” universalizadora que adapte los mecanismos de conexión para no perder los logros de respeto que resulten necesarios.

El Derecho Internacional Privado se constituyó con miras al respeto a las particularidades, pero pretendiendo un nivel de abstracción teórica de las soluciones, alejadas de la posibilidad de su comparación profunda, que hoy debe ser superado.

15. El gigantesco choque de culturas que ha llegado a manifestaciones trágicas, como los atentados del 11 de septiembre de 2001 y la destrucción de muchas otras vidas inocentes por el obrar directo o indirecto de la Potencia dominante en el mundo, no puede ni debe ser ocultado bajo la apariencia de la globalización, que pasa por encima de una enorme pretensión de marginación. Seguir presionando sobre las energías vitales expresadas en la diversidad cultural puede tener consecuencias sumamente negativas. Los antecedentes, los puntos de conexión y las respuestas directas deben ser pensados en términos de referencia a un tejido no global sino universal.

El respeto a las particularidades parece ser un camino imprescindible no sólo para preservar la *paz* sino la *riqueza* del fenómeno humano.

16. Consideramos que en el complejo de las *ramas jurídicas* parece muy beneficioso que el Derecho Internacional Privado haya superado cierta aspiración de excesiva “pureza” que lo aislaba del resto, aceptando por ejemplo en cierta *complejidad pura* la estrecha vinculación con el Derecho Privado Interno, el Derecho Procesal e incluso el Derecho de la Integración²⁵. Es más: cabe reconocer al fin que en las diversas manifestaciones de la globalización/marginación no están sólo en juego intereses privados sino todas las perspectivas del complejo, también de carácter *público*, abarcando incluso los derechos humanos, comprendiendo derechos civiles y políticos, y las propias estructuras democráticas

²⁴ Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; cabe c. JAYME., Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en “Recueil ...” cit., t. 251, págs. 9 y ss.

²⁵ En cuanto a la vinculación entre Derecho Internacional Privado y proceso, especialmente respecto del Derecho Procesal Internacional Privado, v. por ej. nuestros trabajos “Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado”, en “Doctrina Jurídica”, 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; “Nuevas reflexiones sobre Derecho Justicial Internacional Privado”, en “El Derecho”, t. 48, págs. 823 y ss.; “Derecho Justicial Internacional Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado”, en “La Ley”, t. 155, págs. 1103 y ss.; “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)”, “La Ley”, t. 1975-A, págs. 1047 y ss.

Puede v. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª.ed., Milán Feltrinelli, 1997.

de los Estados ²⁶. Sin embargo, importa no recaer en la complejidad impura que mezcla los despliegues de las diversas ramas jurídicas.

Una vez más se advierte que la *lógica*, en este caso la lógica de la globalización que esconde, como todo logicismo jurídico, intereses que no se quieren evidenciar, es insuficiente para comprender la realidad social y encauzar la concreción de las aspiraciones que tenemos para la *vida*. Desde el punto de vista lógico, cualquier complejo de puntos de conexión puede ser satisfactorio; sin embargo sus diferencias llevan a repartos de significados muy diversos.

17. Estamos lejos de creer que el mundo del siglo XXI pueda y deba ser el mismo que en el siglo XIX o el siglo XX y distamos asimismo de afirmar que nuestra materia deba ser una mera puja de intereses entre fuertes y débiles alejada de las consideraciones valorativas que llevan precisamente al respeto a los particulares. Estimamos que los cambios requeridos por la realidad actual exigen una lúcida conciencia jurídica que atienda a la “constitución material” del mundo de hoy y a las dificultosas sendas para cambiarla ²⁷. Sin embargo, creemos que urge evitar el salto al vacío de la globalización/marginación reelaborando y preservando lo que del *pasado* lo merezca, para tener un verdadero *porvenir*. Un presente sin pasado ni porvenir no es siquiera un verdadero presente. La *simplificación* de la realidad que se esconde en las aparentes semejanzas del mundo globalizado es una derrota frente al desafío actual de la *complejidad* mundial.

En medida considerable, la superación del vacío de la globalización es tarea que corresponde también a los juristas dedicados al Derecho Internacional Privado. La comprensión de las bases culturales de la materia puede contribuir a su realización. Uno de los grandes interrogantes de nuestros días es saber si las raíces de Occidente pueden servir sólo a cierto respeto interno y a la dominación externa o efectivamente, como se suele invocar, son instrumentos para el respeto a las características de *diversidad del fenómeno humano*.

²⁶ V. STIGLITZ, op. cit., por ej. págs. 342 y 343.

²⁷ Cabe c. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. LASSALLE, Fernando, “¿Qué es una constitución?”, trad. W. Roces, Bs. As., Siglo Veinte, 1957.