

RAICES CULTURALES DE LOS PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (*)

1. En correspondencia con el Derecho Internacional Público, el Derecho Internacional Privado es en gran medida un resultado de la composición compleja de la cultura occidental, signada por diversas raíces que de modos cambiantes vienen confluyendo en una unidad ¹. Sus problemas y sus soluciones emergen en mucho de las difíciles y enriquecedoras relaciones que, por ejemplo, componen y recomponen, integran y desintegran, la cultura formada con los caracteres marítimos y los aportes griegos, romanos, judeocristianos y germanos ². Cada uno de los componentes está relativamente preparado para la integración porque, sobre todo, al fin el “Reino no es de este mundo”, de modo que no tiene una decisiva tendencia excluyente de los demás ³.

2. El primer momento de la “internacionalidad” en sentido amplio, en la forma de “extraterritorialidad” interregional, se produjo en el despertar medieval, con la célebre glosa de Acursio de 1228, que inicia el “método indirecto” ⁴. Ya entonces, en el marco de la cultura

(*)Profesor de Derecho Internacional Privado Profundizado de la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador del CONICET.

¹ Es posible v. nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 24, págs.41/56; “Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sársfield (Bases para su “análisis cultural”)", en “Homenaje a Dalmacio Vélez Sársfield. Bicentenario de su nacimiento (1800-2000)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2000, págs. 327/41. También pueden c. nuestras “Bases de una filosofía trialista de la Historia, con especial referencia a la Historia del Derecho Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones ...” cit., N° 26, págs. 23/75.

Las bases culturales del Derecho Internacional suelen ser tratados en los cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya (Kluwer, <http://www.wkap.nl/prod/s/RADI> -17-11-2002-; también v. gr. <http://www.hagueacademy.nl/contents/fra-6.html> -17-11-2002-). Respecto del debate cultural cabe v. por ej. la “Revista de Occidente” (Fundación José Ortega y Gasset, Revista de Occidente, <http://www.ortegaygasset.edu/revistadeoccidente/revista.html> - 17-11-2002 -).

Las referencias a las culturas suelen ser muy esclarecedoras, pero urge estar en guardia respecto del discurso que las emplea para promover su cerramiento en sí mismas.

² Es posible v. en este mismo número de la “Revista” nuestro trabajo “La globalización/marginación y el replanteo de los tipos legales y los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado”.

³ La apertura hacia la aplicación de los Derechos de otras familias jurídicas ha sido a veces demasiado limitada y con frecuencia se ha debido a la conveniencia de ciertos países centrales de mantener relaciones pacíficas con sus antiguas colonias o con sus inmigrantes.

⁴ Cabe recordar, v. gr., GOLDSCHMIDT, Werner. “Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2ª. ed., Bs. As., EJE, t. I, págs. 143 y ss.; “Derecho Internacional Privado”, 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 67 y ss.

que se preparaba para hacer “re-nacer” el legado pagano grecorromano - subsistente gracias a la cristianización de los germanos y a las complejidades expresadas en los mismos nombres de la “Iglesia-Católica-Apostólica-Romana” y el “Sacro-Imperio-Romano-Germánico” - se llegó a evidenciar que, debajo de las diversidades de los derechos locales, había una base común, que permitía sostener que correspondía aplicar en Módena el Derecho de Bolonia. De cierto modo, la idea del Derecho Común, por entonces crecientemente romano y canónico y los Derechos Particulares es una constante de la cultura occidental ⁵.

En la búsqueda de mercados más amplios, el capitalismo y la burguesía impulsaban la superación de los moldes de las “ciudades burgos”, como luego lo harían con los límites de los Estados que, con el mismo objetivo, tanto contribuirían a formar. Sin embargo, la herencia compartida de las regiones imperiales y el limitado desarrollo de la diferenciación y la abstracción del Derecho Positivo no hicieron entonces necesaria la complejidad problemática que luego tendría el Derecho Internacional Privado clásico.

Con el nacimiento de los Estados modernos, deseosos de ir consolidando sus Derechos, no sólo se concretaron esfuerzos unificadores como el de Hobbes, sino al fin proyectos como los que, a impulsos de la dinastía borbónica francesa, llevaron a cabo Domat y Pothier, tratando de aproximar el Derecho Privado de las distintas regiones del reino. Este proceso de consolidación de los Estados fue correlativo del territorialismo en el cual, cuanto más, se avinieron a aplicar Derecho extranjero por “cortesía”. Todos los estatutos se consideraban territoriales.

Pese a “terremotos” diversificadores, como los de la Reforma y la Contrarreforma, la aparición de repúblicas burguesas y las conmociones socialistas e incluso como el comienzo del proceso de codificación de los Derechos nacionales, la continuidad del desenvolvimiento económico y en general cultural promovió que, a partir del siglo XVIII, se fuera desarrollando un nuevo extraterritorialismo, apoyado en la “diversidad-unidad”, ahora internacional. Este extraterritorialismo internacional culminó cuando Savigny enseñó en 1849 que, por costumbre internacional, los Estados están obligados a aplicar a cada relación jurídica “el derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación” ⁶.

En la tensa relación entre razón y realidad, que tanto caracteriza a la cultura occidental y en el siglo XIX fue en mucho entre razón e historia, Savigny había producido una nueva racionalización de la materia, con la división “pentárquica” del Derecho Civil, y ahora culminaba con la comprensión de una racionalización del espacio e incluso del tiempo,

⁵ En cuanto a la perspectiva del Derecho planetario, puede v. nuestro estudio “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

⁶ SAVIGNY, F. C., “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Guenoux - Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, párrafo CCCXLVIII, pág. 140.

en el Derecho Internacional Privado clásico y el Derecho intertemporal ⁷.

Renacía el método indirecto empleado por Acursio, al servicio del cual Savigny pondría la milenaria experiencia de análisis conceptual, desarrollada sobre todo por las características de la cultura occidental a través de los siglos, es decir, el método “analítico-analógico”, quizás podría decirse “analítico-privatista”.

3. La materia, el espacio y el tiempo a los que se refería Savigny eran los de la compleja y dinámica cultura de Occidente en un determinado momento de su historia. No es sin motivo que los casos que dieron origen al desenvolvimiento de la materia se plantearon entre países occidentales.

Apenas concibió la obligación de respeto en el espacio recién referida, expresión de una clara “comunidad jusprivatista internacional”, Savigny necesitó asegurar la diversidad de los contenidos de los Derechos estatales en la reserva que luego, con terminología de un jurista “político”, se denominó orden público. En tiempos bastante relacionados con los requerimientos que iba mostrando el proceso histórico jusprivatista internacional, surgirían los problemas del fraude a la ley, llamado a resguardar la diversidad de los Estados de las maniobras de los particulares; el reenvío, muestra de la dificultad de la relación, por las partes internacional e interna de los Derechos nacionales; las calificaciones, expresión de las diferencias que, en un lenguaje común, tenían las diversidades conceptuales, y la cuestión previa, que pone en contacto a la espacialidad con el curso temporal de los casos. Aunque desde el punto de vista estrictamente espacial la cuestión previa puede parecer un “pseudoproblema”, emergente de la ignorancia del método analítico, más allá de la lógica de la espacialidad corresponde al descubrimiento de una perspectiva de la continuidad temporal de los casos, a menudo sacrificada por el racionalismo ⁸.

En 1935, con el gran sentido de atención a lo concreto (no tanto a lo histórico) que luego lo ayudaría a compartir, en un momento, la egología cossiana y al fin a elaborar la teoría trialista del mundo jurídico, Werner Goldschmidt descubrió otro de los grandes problemas de la parte general del Derecho Internacional Privado clásico, el de la calidad del Derecho extranjero. Superó la ingenuidad silogística de posiciones como la de la escuela de la exégesis, reconociendo la diferencia entre “ley” y “sentencia” y remitiendo, en la “teoría del uso jurídico”, la aplicación del Derecho extranjero a la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero ⁹. Así se abría, además, camino al descubrimiento

⁷ Quizás la difícil relación entre razón y devenir pueda remontarse a tiempos remotos como los de Parménides y Heráclito (pueden v. nuestras “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4).

⁸ El autor agradece las interesantes reflexiones expuestas en una conversación por el doctor Horacio Daniel Piombo.

⁹ Es posible c. GOLDSCHMIDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935.

del funcionamiento conjetural que siempre tienen las normas jurídicas, ya jerarquizado en posiciones como la de Oliver Wendell Holmes ¹⁰.

Es más, con el sentido de la racionalidad del tiempo, que caracteriza -a veces en exceso- a la cultura occidental, Goldschmidt sistematizó los problemas generales descubiertos en el proceso histórico según la estructura de la norma “indirecta”. La estructura de la norma, con su antecedente y su consecuencia, es siempre una racionalización de la temporalidad entre “problema” y “solución” (todo problema contiene ya soluciones y toda solución lleva en sí el problema). El joven jurista, por entonces ya refugiado en España, realizó el gran esfuerzo sistematizador expresado en la versión originaria de la “concepción normológica” de la ciencia del Derecho Internacional Privado.

En el curso del desarrollo goldschmidtiano de la concepción normológica, el problema de las calificaciones fue relacionado con toda la norma menos el orden público; la cuestión previa y el fraude a la ley fueron vinculados respectivamente a las características positivas y negativas del antecedente; se ubicaron las cuestiones de la determinación de los puntos de conexión y de lo conectado, incluyendo el reenvío, en el marco de las características positivas de la consecuencia jurídica, y el orden público “a posteriori” fue relacionado con la característica negativa de la consecuencia jurídica.

Así quedó configurada la base de la parte general del Derecho Internacional Privado en la concepción alemana “clásica”, que lo refería al conflicto de leyes. Sin embargo, de modo considerable por influencia anglosajona, el curso histórico fue generando, en décadas sucesivas, otras perspectivas más realistas, que también incluyen en el desenvolvimiento del tiempo de los casos la jurisdicción internacional y la “transposición procesal”. Pese a que en mucho es el núcleo de la materia, el conflicto de leyes como contenido exclusivo se fue mostrando demasiado racional y “a histórico”.

Si bien las presiones de la realidad llegaron a que incluso se proclamara el abandono de la parte general, consideramos que en el “diálogo” entre razón e historia lo más acertado es enriquecer la parte general a través de una nueva concepción normológica de la ciencia, que incluya los problemas generales de esas nuevas cuestiones, como lo venimos haciendo en los últimos años ¹¹.

El gran esfuerzo del Derecho Internacional Privado, relacionado con los contactos de respuestas en el espacio, permitió incluso elaborar una teoría general de los contactos de respuestas, aplicable también al tiempo y a la materia ¹².

¹⁰ Puede v. nuestro libro “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

¹¹ Es posible c. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 5 y ss.

¹² Pueden v. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976; también es posible v. “Los contratos conexos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones

4. El legado cultural “diverso y único” de Occidente se manifiesta también en las categorías generales de análisis problemático del Derecho Privado, traídas a la materia por Savigny; en la concepción de los “puntos de conexión” y en los criterios de correspondencia entre los problemas y sus soluciones, entre los antecedentes y los puntos de conexión ¹³.

5. Una aproximación a la configuración problemática jusprivatista desenvuelta por Occidente puede obtenerse a través de los debates acerca de la división del Derecho Privado, que Savigny mostró en el equilibrio “pentárquico”, donde un área patrimonial, que tiene incluso referencias romanas y germánicas, está a la par de otra familiar, más judeocristiana, y la sucesión, de difícil ubicación, resulta diferenciada de una y otra ¹⁴.

La riqueza del complejo conceptual privatista se muestra en tipos “elementales”, como los de persona, forma y propiedades, y otros “relacionales”, como el matrimonio, la filiación, la obligación y la sucesión.

La tensión occidental entre sujeto y objeto es en gran medida tributaria de la creencia judeocristiana en el Dios creador y persona, distinto de su creación, al fin diverso de la naturaleza creada. En la referencia al sujeto persona “física” el Derecho occidental diferencia de modo intenso un nivel de dignidad básica en la capacidad de derecho y otro de maduración en la capacidad de hecho. A su vez, tienen importante lugar los problemas de la dinámica vital espacial del “cambio de estatutos”. La consideración de los sujetos personas “jurídicas”, generadas en muy diversas clases por la vocación creadora occidental, se centra actualmente en gran medida en los problemas de las personas comerciales. Las personas jurídicas procuran superar las limitaciones de las personas físicas, pero lo hacen sobre todo desde una cultura comercial. Es más: la dinámica occidental tiende, incluso, a superar las personas jurídicas en meras agrupaciones de intereses.

Una tensa relación entre forma y contenido, con la creciente superación de las solemnidades y cierta vocación a la “informalidad”, es otra de las manifestaciones de la historia de Occidente. Al final, el “sábado” y la ley han sido hechos para el hombre. En el campo de las propiedades, no sólo la división entre los inmuebles y los muebles, con la mayor referencia de éstos al capitalismo, sino el gran despliegue de distintos tipos de propiedad

Jurídicas, 1999. Acerca de los hechos jurídicos independientes y dependientes puede c. v. gr., SCHREIBER, Fritz, “Concepto y formas fundamentales del Derecho”, trad. Eduardo García Maynez, Bs. As., Losada, 1942, págs. 145 y ss.

¹³ Cabe c. nuestro artículo “Acerca de la correspondencia entre tipos legales iusprivatistas internacionales y puntos de conexión”, en “Juris”, t. 80, págs. 298 y ss.

¹⁴ Puede v. SOLARI, Gioele, “Filosofía del Derecho Privado”, trad. Oberdan Caletti, Bs. As., Depalma, 1946/50. Asimismo, nuestros artículos “Bases para la filosofía de la división “pentárquica” del Derecho Civil”, en “Investigación y Docencia”, N° 9, págs. 17 y ss.; “Nuevamente sobre la Filosofía de la división pentárquica del Derecho Civil”, en “Investigación ...” cit., N° 28, págs. 75 y ss.

inmaterial muestran, también, la pretensión creadora del hombre occidental.

La creciente contractualización del matrimonio e incluso de la filiación expresa el predominio que va adquiriendo la herencia romana, en este caso sobre el legado judeocristiano que, en cambio, llegó a sacramentalizar al matrimonio. Es más, la crisis de las referencias a una autoridad moral tiene estrecha relación con el sentido prometeico del “pecado triunfante”.

La distinción entre obligaciones que nacen de la voluntad y de razones diferentes muestra una herencia romana, que fue desenvolviéndose sobre todo en la obra posterior de los glosadores y en la influencia de la vocación de omnipotencia y la fuerza de la conciencia cristiana, en el sentido de respeto a la voluntad. La tensa comprensión de la sucesión expresa la difícil relación con la muerte que en general caracteriza a la cultura occidental, de hombres que al fin tienen una enorme vocación de supervivencia individual, que tal vez quieran ser eternos como su Creador.

Las grandes cuestiones actuales de la comunicación electrónica, la reproducción asistida y la ingeniería genérica, que también tienen importantes proyecciones internacionales, son manifestaciones de las hondas raíces, por ejemplo, de omnipresencia, omnipotencia y omnisciencia e incluso de creación y proyección prometeica, del legado occidental.

6. La diferenciación de tipos legales personales, conductistas y reales y el desarrollo específico que va adquiriendo el punto “auto-nomía” de la voluntad, que a veces se convierte en autonomía material, muestran también el crecimiento del legado voluntarista de origen romano e incluso de la vocación humanizada de la omnipotencia del judeocristianismo. El contacto con la residencia habitual en lugar de los despliegues del domicilio, derivado en ciertos casos de la familia, expresa el debilitamiento de la herencia familiar judeocristiana. La creciente importancia del lugar de registración muestra la importancia de la “ubicación cultural”, a menudo económica, que emerge, v. gr., de las bases capitalistas desplegadas en Occidente.

Los criterios “prácticos” de selección de las correspondencias entre problemas y soluciones son impulsados especialmente por la “nueva Roma” que se desenvuelve en el poder anglosajón, de modo particular, de los Estados Unidos de América.

7. En general cabe afirmar que la configuración problemática, los instrumentos (puntos) de conexión que indican los Derechos aplicables y los criterios de correspondencia del Derecho Internacional Privado van mostrando una situación de equilibrio “postmoderno” de predominio del ingrediente “romano”, hoy anglosajón. Es más, el “nuevo imperio”, que

parece formar un Estado mundial en etapa “hobbesiana” de monopolio del poder, tiende a generar cierto “derecho común” de acuerdo a sus necesidades ¹⁵.

Cuando el Derecho Internacional Privado, de referencias básicas occidentales, se dirige a los sectores que no comparten el legado común que hemos señalado, las dificultades son grandes. Incluso cabe reconocer que los aparatos estatales, dominados por la globalización, ocultan diversidades que van quedando marginadas. Una gigantesca incompreensión recíproca parece promover una nueva “guerra”, quizás de alcance global, con el Islam. Como Occidente “devora” al tiempo tiene pocas posibilidades de comprender a una cultura que de cierto modo se parece a uno de sus momentos anteriores ¹⁶.

¹⁵ También las fuentes del Derecho Internacional Privado, incluso con el creciente avance de los tratados internacionales, los contratos, la “lex mercatoria”, los principios “generales” del Derecho, etc., expresan las bases de la cultura occidental (es posible v. nuestro estudio “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., Nº 26, págs. 20 y ss.

¹⁶ Creemos en la necesidad de una auténtica “universalización” respetuosa de las particularidades planetarias. Quizás pueda hablarse incluso de una “interfecundación de las civilizaciones” (es posible v. por ej. la entrevista a Salvador Pániker en Terra, 17 de noviembre de 2002, <http://cultura.terra.es/cac/articulo/html/cac813.htm> -17-11-2002-)