

NUEVAS REFLEXIONES SOBRE LAS BASES Y LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO (*)

MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI (**)

a) Nociones básicas

1. Las bases y la evolución de la cultura occidental contribuyen a comprender, incluso más allá de esta cultura, los significados reales de todos los problemas del Derecho Internacional Privado, sea que se trate del significado de la Parte General o de la Parte Especial¹. Cuestiones puntuales, como las características de la internacionalidad clásica o la globalización/marginación; las soluciones de extraterritorialidad o de nueva territorialización

(*) Notas básicas de una clase de Derecho Internacional Privado Profundizado I en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

(**) Profesor titular de Derecho Internacional Privado Profundizado I en la Maestría en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la UNR.

¹ Cabe c. nuestro trabajo “El Derecho Internacional Privado y sus soportes culturales”, en “Investigación y Docencia”, Nº 8, págs. 3 y ss., también nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000; “Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991/4 y “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003. En general respecto de varias ideas expuestas en el texto vale recordar HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, “Lecciones sobre la filosofía de la historia universal”, trad. José Gaos, 2ª ed., en Alianza Universidad, Madrid, 1982.

En relación con la complejidad internacional puede v. por ej. DUPUY, René-Jean, “Le dédoublement du monde”, en “Revue Générale de Droit International Public”, t. 100, págs. 313 y ss.; REMIRO BROTONS, Antonio, “Universalismo, multilateralismo, regionalismo y unilateralismo en el nuevo orden internacional”, en “Revista Española de Derecho Internacional”, t. 51, págs. 11 y ss. También es posible tener en cuenta v. gr. GONZALEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des regles de droit international privé”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 287, págs. 9 y ss. Cabe c. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª. ed., 5ª. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. XVII/XVIII; también v. gr. BOCCHI, Gianluca - CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, traducciones de Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª.ed., Milán Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss. Es necesario construir una teoría con complejidad pura, superando la complejidad impura y la simplicidad pura.

En cuanto a la historia de las relaciones internacionales en sentido amplio, pueden v. por ej. VERDROSS, op. cit., págs. 33 y ss.; KORFF, Serge A. (Baron), “Introduction a l’histoire du droit international”, en “Recueil des

de alcance mundial; la referencia exclusiva al Derecho aplicable o la inclusión de las respuestas jurisdiccionales, la apertura a la autonomía de las partes y la admisión de respuestas de divorcio vincular, se comprenden mejor cuando se las relaciona con esas bases y esa evolución ². No hay que caer en referencias históricas que nieguen el carácter al fin imprevisible del porvenir, pero importa atender a la historia para comprender mejor el presente y conjeturar el futuro.

El Derecho Internacional Privado, como el Derecho Internacional Público que le sirvió de base, nació en la cultura Occidental, en un marco de diversidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones económicas, artísticas, científicas, técnicas, religiosas, etc. que requerían una compleja regulación jurídica. La complejidad única y diversa de la dinámica cultura occidental es, en gran medida, la clave de la comunidad internacional en general y del respeto que significa el Derecho Internacional Privado clásico e incluso de la globalización que hoy tiende a desenvolver uno de los despliegues, de uniformidad, en detrimento de la idea de respeto a la diversidad y en franca promoción de nueva marginalidad.

El Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado nacieron en Occidente y para Occidente, con miras especialmente intensas de respeto a lo que también fuera occidental; en diversidad de superficie y unidad de base, planteando al orden público como garantía de la diversidad. Pese a los debates sobre la condición de los indios y el derecho a la Conquista, ya presentes por ejemplo en la obra de Francisco de Vitoria, el hecho es que en tanto se avanzaba en la internacionalidad en Occidente se destruían muchas culturas de las regiones conquistadas.

Aunque formalmente el Derecho Internacional Privado se abre en principio a todas las diversidades, cuando éstas son "excesivas", como sucede cuando se sale del denominador común occidental y se entra a otros sistemas jurídicos, recurre al orden público, sea a priori o a posteriori.

Cours" cit., t. 1, págs. 5 y ss.

Un panorama general del Derecho Internacional Privado es posible v. por ej. en GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6ª. ed., Bs. As., Depalma, 1988; KALLER DE ORCHANSKY, Berta, con la colaboración de Adriana Dreyzin de Klor y Amalia Uriondo de Martinoli, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", 5ª. ed., Bs. As., Plus Ultra, 1997. También puede c. v. gr. José María Espinar Vicente: Derecho Internacional Privado, http://www2.uah.es/cpm/Web_derecho/Framesetderecho.htm (28-7-2004); Universidad de Alicante, Servicio Jurídico, Derecho Internacional Privado, <http://www.ua.es/es/servicios/juridico/intprivat.htm> (28-7-2004); FALK, Richard A., "Derecho Internacional Privado", en "Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales", Madrid, Aguilar, vol. 3, 1974, págs. 559 y ss.; <http://www.fortunecity.com/boozers/norfolk/129/> (28-7-2004).

² Puede v. nuestro "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. Cabe c. JAYME, Eric, "Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation", en "Recueil des Cours" cit., t. 282, págs. 9 y ss.

La complejidad de Occidente, cuya propia concepción suele ser muy discutida, puede mostrar qué es lo que puede ser respetado y qué es lo que hoy lleva a la globalización/marginación. También permite apreciar qué lugar ocupa un país, en nuestro caso la Argentina, en el panorama de respeto y globalización del Derecho Internacional Privado.

Al fin, todas las soluciones del Derecho Internacional Privado son comprensibles como respuestas culturales dotadas de diferentes sentidos posibles. Cada cuestión iusprivatista internacional y cada solución al respecto tienen sentidos diferentes a la luz de las realidades culturales básicas. Dentro del mismo Occidente, las diversidades culturales dan sentidos distintos a los asuntos patrimoniales y familiares, según el punto particular en que uno se sitúe.

b) La cultura de Occidente en general

2. La cultura de Occidente puede ser reconocida principalmente como resultado básico de una complejidad de aportes antiguos y medievales griegos, romanos, judeocristianos y germánicos o como una comunidad capitalista y burguesa, de modo que el relacionamiento internacional puede ser diversamente condicionado. No es lo mismo vincularse según los denominadores premodernos (como es la occidentalidad que estimamos definitoria) que atendiendo a los despliegues modernos.

La cultura de la diversidad en la unidad de Occidente nació en el ámbito del grande pero accesible mar Mediterráneo, de equilibrio entre lo terrestre y lo marítimo. El hombre marítimo surgido en el Mediterráneo es el que se animó a abandonar el “piso” dado por la tierra para hacer uno nuevo de su propia audacia y de su propia destreza, el que con mente abierta se viene arriesgando a navegar los mares, el aire, el espacio, la materia, incluso su propio patrimonio genético; el que se anima a navegar jurisdicciones distintas, extraterritori alizándolas, cambiándolas en el tiempo. La cultura occidental es en gran medida comercial, y el comerciante está dispuesto a cambiar lo dado en búsqueda de utilidad, incluso llegando a fabricar nuevas realidades; el Derecho Internacional Privado está orientado a cambiar lo jurídico en aras de lo útil, en este caso, en el despliegue espacial.

3. El primer gran legado occidental es el griego, el de una cultura que en lugar de los ámbitos enclaustrados de las tumbas egipcias es representable por la apertura a aires exteriores del Partenón, de modo que puede entenderse también por la apertura a jurisdicciones distintas propia del Derecho Internacional Privado. La herencia griega abarca el prometeico sentido del “pecado triunfante” y la apertura a Derechos diversos puede nutrirse de cierto abandono del sentido del pecado de la propia “re-ligiosidad”. El aporte griego incluye la permanente apertura a la sabiduría, al fin al saber que no se sabe, que nutre el sentido de apertura a otros Derechos; se llega al abandono de la autosuficiencia del saber y el Derecho ya poseídos. La

proyección de la Filosofía y del Derecho Internacional Privado hacia dimensiones diversas de lo propio tienen hondas afinidades³.

El legado romano parte, a nuestro respecto, de la diferenciación de lo privado y lo público; la superficialidad romana se nutrió del sentido de la propiedad privada y la libertad de contratación que una superficialmente lo que en lo profundo no es consistente. El sentido de que lo privado puede diferenciarse de lo público es inherente al despliegue del Derecho Internacional Privado. La herencia romana es, en parte, la construcción de un enorme espacio administrado con eficiencia, con caminos, puentes y acueductos, y el Derecho Internacional Privado, sobre todo en nuestros días de la globalización, se ocupa de la eficiencia en la vinculación territorial.

Es posible que los hombres encontremos o pongamos en la divinidad nuestras más profundas aspiraciones. En el legado judeocristiano, la referencia del monoteísmo de alcance popular a un único Dios hace más viable que la religión un día se hiciera universal, constituyéndose en elemento común de todos los hombres, abriendo sendas a una juridicidad universal. La remisión al Dios Creador favorece, al menos en la comprensión voluntarista que culmina en Juan Duns Escoto, la creencia en que el Derecho, como producto de la voluntad, no está referido a una razón o una naturaleza preexistentes. Los pueblos tendrían voluntad libre para crear sus Derechos, también sin limitación por la razón o la naturaleza, y esto favorece al Derecho Internacional Privado. Esa misma posibilidad de liberación a largo plazo de la “naturaleza” es favorecida por la creencia en que Dios es persona, diferente de ella. La omnisciencia y sobre todo la omnipotencia y la omnipresencia divinas confluyen en el sentido de la planetarización con referencias libres de la razón y la naturaleza; en el Derecho Internacional Privado hay un sentido de planetarización de lo jurídico. Si bien la cultura judía es relativamente “enclaustrada” por el Pacto de Dios con el pueblo elegido y por la sujeción a la “Ley”, el cristianismo abrió cauces a más diversidad, cuando enseñó que la Ley ha sido hecha para el hombre y, sobre todo, que el Reino no es de este mundo.

El aporte germánico significó el despliegue de la individualidad en comunidad y también su presencia mayor o menor según las áreas y los momentos es parte de la complejidad diferenciada de Occidente.

No es el mismo el sentido que tienen los contratos o la propiedad y la familia según se piense desde una perspectiva más griega, romana, judeocristiana o germana.

4. Dentro del Occidente en sentido amplio, vale distinguir las áreas diversificadas por el Canal de la Mancha, que en general marca dos maneras de pensar el mismo legado básico y el mismo desarrollo al fin capitalista (una más casuística en el “common law” y otra más referida

³ Es posible v. nuestro artículo “Afinidades entre la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N° 11, págs. 3 y ss.

a generalidades, en el llamado sistema “continental” romano –justiniano- germánico) y las áreas diferenciadas por los Pirineos, que diversificaron hasta hace poco tiempo a una vertiente más moderna, genéricamente anglofrancesa y alemana, y otra con más presencia premoderna, en general del espacio ibérico (aunque valga reconocer especificidades en España y Portugal ⁴). En ámbitos como los de Iberoamérica, la diversidad pirenaica es más importante que la diferencia marcada por el Canal de la Mancha.

El pensamiento anglosajón del Derecho, más referido a casos, es afín a la vocación por la experiencia y lo particular apoyada por Occam, en tanto el pensamiento “continental”, se remite más a los tipos de racionalidad más generales de Descartes y Leibniz. No es extraño que en su momento el pensamiento “continental” se refiriera más a la racionalidad de fondo, en tanto la consideración jurisdiccional, más empírica, se ha desarrollado en la esfera anglosajona y ha avanzado con su influencia. Tal vez tampoco sean irrelevantes estas herencias filosóficas en relación con la remisión anglosajona al domicilio, que es más concreto e individual, y la referencia predominante en el continente a la nacionalidad, que es más abstracta y de cierto modo colectiva.

c) Las particularidades ibéricas

5. Los Pirineos marcaron una importante diversidad de Occidente. Quizás a partir de la llamada guerra de la Reconquista, los reinos españoles fueron adquiriendo un carácter especialmente beligerante, evidenciado por el propio nombre “Castilla”. La economía se hizo sobre todo ganadera y adquirió caracteres de cierto modo “parasitarios” por obra de la Mesta, de modo principal por sus sectores más orientados a la exportación de productos no elaborados, y por el “bullionismo” que, a diferencia del mercantilismo vigente en otros países, identificó la riqueza de los Estados por la posesión de metales preciosos y no por el saldo favorable de la balanza comercial.

La resistencia a los criterios de adaptación al mundo moderno y el capitalismo contenidos en la Reforma, se expresó en España en una fuerte adhesión a la Contrarreforma. La herencia religiosa católica ibérica está lejos de la adaptación del cristianismo al capitalismo contenida de modo muy especial en el calvinismo. Ni en las revoluciones burguesas ni en la Revolución Industrial, ni en las ideas que las acompañaron, por ejemplo desde el liberalismo e incluso la democracia, los países ibéricos tuvieron participación significativa.

Para pensar el Derecho Internacional Privado de nuestra región, y en especial de la Argentina, vale tener en cuenta nuestras particularidades, sea para mantenerlas o cambiarlas.

⁴ Cabe c. nuestro trabajo “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 113 y ss.

6. En estos términos, vale señalar por ejemplo que la autonomía de la voluntad directa, o al menos en su afinidad con la referencia al lugar de celebración o el lugar de constitución de las sociedades, que sostiene el liberalismo, no posee el mismo sentido de reparto real de potencias e impotencias en países con desarrollo capitalista que en otros que no la alcanzaron, en zonas de gran desenvolvimiento empresario y en otras donde el capitalismo es local y claudicante. No es irrelevante que en ámbitos como la Argentina, por influencia del catolicismo, se libró una larga batalla considerando que el divorcio vincular es contrario al orden público. No es coincidente el significado del protagonismo judicial en países anglosajones o “continentales”; el juez anglosajón está habituado a una capacidad decisoria que el juez continental está al menos lejos de tener en su conciencia.

7. El Derecho Internacional Privado diverso es una expresión de la diversidad cultural. Cuando se piensa en la recepción de respuestas jusprivatistas internacionales de culturas distintas, hay que atender a que ella puede dar resultados de asimilación o de rechazo, en este caso, con consecuencias incluso contraproducentes ⁵.

⁵ Es posible v. nuestros artículos “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 9, págs. 33 y ss.; también “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000. Asimismo WATSON, Alan, “Legal Transplants”, 2ª. ed., Athens, University of Georgia Press.