

LOS LÍMITES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CLÁSICO EN UN CASO MULTICULTURAL *

JUAN JOSÉ BENTOLILA **

I. Introducción

Clásicamente se ha entendido que el Derecho Internacional Privado “se caracteriza porque pretende realizar la tolerancia con lo ajeno: resolver casos con elementos extranjeros decisivos en virtud del Derecho extranjero”¹.

Así, la aplicación del Derecho extranjero se erige en una de las formas de cumplir ese propósito de respeto al extranjero, a su diferencia, promoviendo la utilización de elementos que no le son desconocidos.

La tolerancia que se promueve, por su parte, constituye un valor que no puede ser aisladamente considerado, sino que está incluido en todo un plexo axiológico con gravitación en la resolución de los casos judiciales.

En los específicos casos en los que, más que meras diferencias jurídicas, se involucran diferencias culturales profundas, la sola posibilidad del ejercicio de la tolerancia se ve constreñida a partir de posiciones más o menos intransigentes, repercutiendo tales caracteres en el Derecho Internacional Privado mismo, al menos desde su concepción clásica.

Es que, cuando se presentan en juego cuestiones valorativas relativamente intransigentes, fruto de diferencias sociológicas pronunciadas, el abuso de la utilización del instituto del orden público (a priori y a posteriori) puede generar el fracaso rotundo de las soluciones previstas en el Derecho que la norma de conflicto considere aplicable.

Es de nuestro interés, en el presente estudio, poner de manifiesto las dificultades que se le generan al Derecho Internacional Privado a partir del carácter multicultural de los casos bajo examen. Tales dificultades engendrarán límites que deben ser previstos por el operador jurídico, a los fines de no anonadarse ante las imposibilidades de reparto en determinadas

* Reflexión a propósito de la participación en la “Jornada El Niño y el Multiculturalismo”, organizada por la Secretaría de Acción Social y Gremial de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 29 de septiembre de 2005.

** Profesor adjunto de la Facultad de Derecho de la UNR.

1 GOLDSCHMIDT, Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado clásico”, Bs. As., Belgrano, 1979, pág. 9.

situaciones.

Para nuestro cometido, tomaremos como ejemplo un caso determinado con las características antedichas que, en su momento, fue de público conocimiento. Si bien el caso en particular no agota los posibles escenarios, lo cierto es que muestra utilidad como disparador de planteos medianamente generalizables.

II. El presupuesto fáctico del caso en estudio

Pondremos a consideración el caso de la Sra. Gabriela Arias Uriburu².

La pretendiente nació en Brasil, donde su padre cumplía funciones diplomáticas. A los 23 años de edad emigró a Guatemala con su padre, embajador de la República Argentina en ese país. Allí conoció al empresario Imad Shaban, de origen jordano y nacionalizado guatemalteco, con quien contrajo matrimonio en 1991. De tal unión nacieron tres hijos: Karim, Zahira y Sharif.

Con posterioridad, los cónyuges solicitaron su divorcio, el que fue dictado. Un juez de familia guatemalteco otorgó a la madre la custodia de sus hijos.

En el año 1997, el padre sustrajo a los niños, desconociéndose su paradero por el lapso de tres meses.

Merced a diversas gestiones diplomáticas y al trabajo de los medios de comunicación, se conoció que los niños se encontraban conviviendo con su padre, quien actualmente se halla casado en segundas nupcias, en la ciudad de Amman, Jordania.

A partir de allí se generó un conflicto judicial en relación al contacto que la madre reclama con los menores, siendo que el logro actual es que se le ha permitido un régimen de visitas restringido y bajo supervisión.

El caso tomó estado público, especialmente en Jordania, Argentina, Guatemala y El Vaticano, motivando un intercambio de notas de entendimiento en vista de un próximo tratado bilateral entre Jordania y Argentina, tendente a regular las relaciones de los niños con sus madres y sus padres³.

2 Sobre los aspectos factuales del caso, p. v. ARIAS URIBURU, Gabriela, "Jordania - La travesía", Bs. As., Atlántida, 2005.

3 Actualmente el panorama en nuestro país p. c. en BOGGIANO, Antonio, "Curso de Derecho Internacional Privado", Bs. As., Abeledo-Perrot, 1993, págs. 419 y ss.; debiendo considerarse el Convenio sobre protección internacional de menores entre la República Argentina y la República Oriental del Uruguay, suscrito en Montevideo el 31.07.1981, la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de fecha 25.10.1980, y la Convención de la CIDIP IV, de fecha 07.07.1989, que se inspira en la Convención de La Haya pero con ciertos particularismos regionales. En cuanto a la fuente interna, en nuestro país se sancionó la ley 22.546 que aprobó el convenio con la República Oriental del Uruguay. En lo atinente a la jurisprudencia, en la República Argentina se ha decidido (Juzgado en lo Civil y Comercial de la 5ta. Nominación de Córdoba, 20.11.1980, cit. por BOGGIANO, op. cit., pág. 420), en precedente relacionado, que la tenencia de los hijos debe ser sometida a la jurisdicción y al derecho de la efectiva residencia del menor.

III. Análisis jusfilosófico del caso

Principiaremos por advertir que la decisión del juez guatemalteco en cuanto al divorcio y a la tenencia, fue realizada de acuerdo a las fuentes de tal Estado, entendiendo que ello es correcto toda vez que el lugar de celebración de matrimonio, el domicilio de los cónyuges, y la nacionalidad y residencia de los menores, coincidían en tal territorio.

Pero aquí es que debemos someter a consideración el eje del presente trabajo.

Es que, pese a tales regularidades, lo cierto es que no se ha podido cumplir con lo determinado con el juez actuante, habida cuenta de que los menores han sido sustraídos del ámbito jurisdiccional del Estado de Guatemala, siendo trasladados al Estado de Jordania que, por razones que seguidamente analizaremos, no reconoce la autoridad jurisdiccional guatemalteca en el sub examine.

Ello genera la presencia de un límite a los intentos por conducir el caso⁴, valla infranqueable para la solución en relación a la juridicidad occidental.

Remarcamos que, a los fines de realizar el análisis de la situación, partiremos de considerar al Derecho como estructurado desde la complejidad tridimensional, reconociendo sus perspectivas sociológica, normológica y dikelógica⁵.

Al respecto se ha dicho que “[e]l Derecho es una realidad tridimensional que, desde la teoría trialista del mundo jurídico y con un punto de vista relativamente estático, resulta compuesta por repartos (dimensión sociológica), captados por normas (dimensión normológica) y valorados –los repartos y las normas– por la justicia (dimensión dikelógica). Con una perspectiva más dinámica ese “mundo jurídico” es comprensible como conductas captables por normas vinculadas al aprovechamiento de las oportunidades para realizar la justicia. A través de un planteo que atienda a la referida tridimensionalidad y a la estática y la dinámica del mundo jurídico, el Derecho Internacional Privado no es un mero conflicto “de leyes”, sino un conflicto de “Derechos”, de modo que además de las referencias a la ley aplicable hay que tener en cuenta la jurisdicción competente y el proceso, que conduce a la sentencia o a la admisión de la sentencia ya resuelta”⁶.

Algunas situaciones más en relación a la tenencia y restitución de menores, p. v. en NOODT TAQUELA, María Blanca, “Derecho internacional privado”, Bs. As., Astrea, 1992, págs. 162 y ss.

4 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimpr., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 71 y ss.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Reflexiones sobre los límites de los repartos”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 6, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 77 y ss.; y también BENTOLILA, Juan José, “El Derecho vencido (A propósito del conflicto de normas generador de límites a la voluntad del legislador)”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 27, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003, págs. 9 y ss.

5 Al respecto, p. v. GOLDSCHMIDT, “Introducción...” cit.

6 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997, págs. 11 y ss.

3.1. En primer término, y realizando un abordaje sociológico, debe destacarse la evidente existencia de un infranqueable desentendimiento cultural entre las sociedades involucradas en el conflicto⁷.

Así, la posibilidad de referenciar respuestas realizables, requiere una tarea de indagación y comprensión de las particularidades involucradas, que implique la necesaria tolerancia y respeto a la diferencia, elementos que se encuentran ausentes en la especie.

Claro está que conocemos las dificultades que el sendero que prefiguramos informa.

De hecho, es de destacar que las mutuas desconfianzas entre las culturas oriental y occidental, han surgido en la antigüedad remota, pudiendo citarse los tropiezos a que se vio sometido el helenismo desde la gesta de Alejandro⁸.

El cristianismo, religión con vocación de universalidad y surgida en el marco pagano del imperio de Roma, tampoco pudo generar un diálogo claro que aventara suficientemente la posibilidad de equívoco⁹.

Conociendo la historia y las particularidades jurídicas, los intentos por conducir deben tener especial consideración de los límites que se puedan presentar en función de las diferencias en las culturas. Es que los caminos que pretendan construirse, deben siempre respetar los posicionamientos culturales, tanto de quien pregunta como sobre quien pretende responderse.

3.2. En segundo término, desde la normología, debe destacarse la ineficacia de las normas sostenidas a priori, en función del carácter vital de la situación sobre la que se indaga¹⁰.

Normas que, desde luego, reconocen exactitud en situaciones cotidianas, pero obligan a repensar sobre la base de lo concreto, máxime cuando la referencia sobre la cual están construidas soslaya el eventual carácter multicultural del conflicto que están llamadas a resolver.

Es que, generalmente, las normas se construyen sobre una juridicidad estatal que, como máximo, entiende la posible juridicidad ajena pero sin receptarla. Por supuesto, que pretender la comprensión de las diferencias culturales a través de las normas del Derecho Internacional Privado estatal es, cuanto menos, una respuesta excesivamente optimista.

Desde otro ángulo, la crisis del Derecho Internacional, que claudica ante la impune desobediencia de sus preceptos, tiene puesta en tela de juicio su propia juridicidad, al no

7 Vide CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Bases Jusfilosóficas del Derecho de la Cultura", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993.

8 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, "Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho (Historia Jusfilosófica de la Jusfilosofía)", Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, t. I, págs. 112 y ss.

9 Al respecto, es altamente ilustrativo y actual el desarrollo sobre el diálogo entre Jesús y Pilatos en KELSEN, Hans, "Absolutismo y relativismo en filosofía y en política", en "¿Qué es Justicia?", trad. Albert Calsamiglia, España, Planeta - Agostini, 1993, págs. 124 y ss.

10 GOLDSCHMIDT, op. cit., págs. 75 y ss.

encontrarse posibilidad de sanción¹¹ cuando quien incumple ya no es un particular, sino un Estado.

Es que los Estados siempre defendieron la posibilidad de inaplicar el Derecho Internacional cuando éste conculca los más elementales principios del orden público interno y, claro está, ese orden público siempre estará definido por el Estado en cuestión¹², quien podrá repeler la internacionalidad bajo el reclamo de la soberanía.

No negamos la necesidad de la existencia del orden público interno, pero una excesiva utilización de tal institución, sólo puede generar respuestas nacionalistas exacerbadas, que no configuran una adecuada tolerancia y respeto al elemento extranjero involucrado.

La morigeración de la utilización de la cláusula de reserva de orden público, que debe aparecer como un recurso excepcional, constituye una exigencia de un Derecho Internacional Privado respetuoso de las jurisdicciones foráneas.

3.3. En tercer término, y ya desde el plano axiológico, cabe destacar que, de sostener la existencia de Derechos Humanos indemostrables, oponibles y generadores de deberes erga omnes, posiblemente la vinculación intercultural se vea frustrada.

Es que una posición objetivista al respecto sólo puede ser de utilidad en la medida en que la contraparte comparta los mismos presupuestos valorativos originarios. Caso contrario, estaremos en presencia de intentos por forzar creencias en el otro, que a ningún acuerdo civilizado pueden arribar.

Nótese que los cartabones axiológicos que se generan a partir del discurso oriental y occidental, suelen tener asimetrías que los diversos Estados involucrados no están dispuestos a transigir.

Por ello es que propugnamos una posición axiológica constructivista, sobre la base del logro de acuerdos parciales¹³, que permita arribar a consensos mayores, generadores de soluciones concretas. Sólo a través de este diálogo que referimos, podrá establecerse algún código común entre los Estados cuyos órdenes jurídicos se encuentren distanciados culturalmente.

IV. Conclusiones

Las respuestas sólo serán abordables desde posiciones que admitan y asuman la complejidad inherente al conflicto multicultural. Y es deseable que así sea, en tanto ya no es posible mantener discursos intransigentes que persigan la mera persuasión, sin respeto

11 Sobre la distinción entre Derecho y moral, establecida sobre la base de la categoría de sanción, vide KELSEN, Hans, "Teoría pura del Derecho", trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1994, págs. 55 y ss.

12 En lo atinente a la conceptualización del instituto del orden público, p. v. GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1974, págs. 139 y ss.

13 Cf. SUNSTEIN, Cass R., "Legal Reasoning and Political Conflict", New York, Oxford University Press, 1996.

alguno del carácter diverso de los protagonistas involucrados.

En relación a lo planteado, se ha manifestado que “[e]l estudio de las diversidades y semejanzas del Derecho en el espacio ha sido sobre todo tema del Derecho Comparado, pero esta disciplina, en sí de gran valor esclarecedor, se satisface a menudo con un planteo estático y no suele atender a las interacciones entre los distintos sistemas jurídicos. El desarrollo del Derecho Universal debe integrar datos provenientes del Derecho Comparado para brindar una visión de conjunto de las afinidades y las diferencias, de las composiciones y descomposiciones y de las compensaciones y descompensaciones que, en su estática y en su dinámica, abarca la visión jurídica planetaria”¹⁴.

Creemos que, en la específica situación sometida a análisis, el camino ya iniciado es el más apropiado para el abordaje del problema y, desde nuestro lugar, alentamos a su continuación.

14 CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Universal (Perspectiva para la ciencia jurídica de una nueva era)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001, págs. 11 y ss.