

LA PARTE GENERAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA
NUEVA LEY FEDERAL SUIZA DEL 18 DE DICIEMBRE DE 1987

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

Luego de varios años de estudios encaminados a ese fin, el 18 de diciembre de 1987 el Parlamento federal suizo dictó la ley federal de Derecho Internacional Privado (1). Entre las técnicas destacables de la nueva ley, cabe señalar la consideración de las cuestiones competenciales antes de las cuestiones de la ley aplicable y la indicación, continuación de éstas, de reglas de reconocimiento y ejecución de decisiones extrnajeras (2). La nueva fuente dictada por el Parlamento suizo se orienta en general, como lo muestran sus artículos 13 a 17, según el método tradicional de las reglas de conflicto, pero lo modifica en el artículo 15, conforme al cual excepcionalmente el Derecho designado por la ley no es aplicable si, en atención a las circunstancias, es manifiesto que la causa no tiene sino un ligamen muy débil con ese Derecho y que está en una relación mucho más estrecha con otro Derecho (salvo la elección de la ley). Se recurre, así, al llamado "principio de proximidad", aunque los alcances del artículo 15 son muy discutidos entre quienes afirman que permite evaluar el Derecho declarado aplicable y quienes sostienen que sólo se permite evaluar los puntos de conexión (3).

Los artículos 18 y 19 establecen la atención a las reglas

imperativas del Derecho suizo, aplicables sea cual fuere el Derecho invocado, y también a las reglas imperativas de un Derecho extranjero distinto del que indica la ley, si la situación presenta un ligamen estrecho con ese Derecho extranjero. Se acoge así la consideración de las leyes de aplicación inmediata y el respeto a intereses legítimos expresados en otros Derechos, distintos del Derecho aplicable (4). Se dejaron sin resolver los problemas de las calificaciones, la cuestión previa y el método de adaptación, que quedaron al criterio de los tribunales (5).

El artículo 13 establece que la aplicación de un Derecho extranjero en virtud de esa ley comprende todas las disposiciones que según ese Derecho son aplicables, aunque se les atribuya carácter público. En doctrina se aclara que, pese a las apariencias, no se contempla en la disposición la referencia del posible reenvío y que, en cambio, se respeta la eventual "autolimitación" del legislador (que, por ejemplo, no pretende aplicar la legislación propia sobre monopolios cuando el contrato ha sido sometido por las partes a su propia ley, sin que influya en el propio mercado)(6). El artículo 14 restringe la admisión del reenvío retorno y del reenvío a un tercer Derecho a los casos que la ley prevé, que no son numerosos. El reenvío al Derecho suizo es acceptado en el dominio del estado civil (7). El artículo 17 excluye la aplicación del Derecho extranjero si conduce a un resultado incompatible con el orden público suizo (8).

Cabe destacar, por ser Suiza un país federal, que se ha puesto fin a la disparidad de criterios de los cantones en cuanto al tratamiento procesal del Derecho extranjero, estableciendo en el artículo 16 de la ley que el contenido del Derecho extranjero será investigado de oficio y, a ese efecto, puede requerirse la colaboración de las partes. En ma-

teria patrimonial puede ponerse la prueba respectiva a su cargo. Si el contenido del Derecho extranjero no puede ser establecido, se aplicará el Derecho suizo (9). Hay, en lo profundo del artículo 16, cierto sentido de "orden público" respecto del contenido del Derecho extranjero, en cuanto a las áreas no patrimoniales (10). Es lamentable que en caso de no poderse establecer el contenido del Derecho extranjero se aplique el Derecho suizo en lugar del Derecho más próximo, como lo establecía el anteproyecto (11).

Se trata, en definitiva, de una interesante perspectiva de las que han de iluminar el camino de la deseada codificación del Derecho Internacional Privado argentino.

(*) Investigador del CONICET.

(1) V. su texto en "Revue critique de droit international privé"; T. 77, N° 2-1988, págs. 409 y ss.; la ley entrará en vigor en fecha a decidir por el Consejo Federal, posiblemente el 1° de enero de 1989 (c. KNOEPFLER, François-SCHWEIZER, Philippe, "La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale)" en "Revue..." cit., T. 77, pág. 207).

Acerca de la difusión de la técnica de redactar diversas convenciones internacionales, a la que se atribuye hacer al Derecho Internacional Privado más disperso y menos claro, y de la difícil relación entre esas convenciones y las fuentes internas, v. por ej. SONNENBERGER, Hans-Jürgen, "Introduction générale a la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986", en "Revue..." cit.,

T.76, N° 1-1987, págs. 11/12 y 28 y ss..En la tensa relación entre casos internacionales y fuentes nacionales o internacionales se presenta el conflicto entre el logro del orden desde la perspectiva interna o internacional.

Se trata, desde cierto punto de vista, de la cuestión de la codificación, la descodificación y la "re-codificación" (v. IRTI, Natalino, "L'età della decodificazione", Giuffrè, 1979; KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit.,pág. 235).

(3) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., págs. 227/228; en relación con la fidelidad al sistema de Savigny y la limitada admisión de la cláusula de excepción en la ley alemana del 25/7/1986, v. SONNENBERGER, op. cit., págs. 31 y 10/11 (la ley alemana fue publicada en la "Revue..."cit., T. 76, N° 1-1987, págs. 170 y ss.).

(4) V. el limitado empleo de las "Eingriffsnormen" en la ley alemana del 25/7/1986(c. SONNENBERGER, op. cit., págs.8 y ss.).

Con frecuencia la ley se preocupa especialmente por los casos en que sea aplicable el Derecho suizo (o sea, tiene carácter "unilateral") y por la obtención de soluciones justas mediante el juego alternativo de derechos.

(5) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., pág. 223; respecto de la actitud de la ley alemana del 25/7/1986, SONNENBERGER, op. cit., págs. 17, 22 y 31.

(6) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op.cit., págs. 224/225.

(7) C. íd., pág. 225; v.las excepciones al reenvío en la ley alemana del 25/7/1986 en SONNENBERGER, op. cit., pág. 18.

(8) Respecto de la ley alemana del 25/7/1986, v. su artículo 6.

(9) V. KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., págs. 233/234.

(10) íd., pág. 233.

(11) El punto 3) del artículo 15 del Proyecto de ley federal

sobre Derecho Internacional Privado decía: "Lorsque le contenu du droit étranger ne peut être établi, le juge prend en considération le droit le plus proche et, à défaut, applique le droit suisse." (v. el Proyecto en "Revue..." cit., T. 68, N° 1-1979, pág. 190). Knoepfler y Schweizer aprueban, a nuestro parecer infundadamente, el texto de la ley (KNOEPFLER-SCHWEIZER, op.cit., pág. 234), dando -al hilo de su crítica del anteproyecto- el ejemplo de que un juez tailandés debería aplicar, en caso de desconocer el Derecho francés, el Derecho alemán. Dejando de lado que el ejemplo no es feliz, porque se trata de derechos fácilmente investigables, es preferible aplicar el Derecho más afín investigable, sin confundir, obviamente, espacio geográfico con espacio "cul-tural" ("espacialidad"). Fuera de los fenómenos "paracoloniales" y "criptocoloniales" es obvio que un Derecho asiático es en general más diferente del Derecho francés que el Derecho alemán (v. la indestructible defensa de la teoría del uso jurídico efectuada por Werner Goldschmidt en: GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho Internacional Privado", 6a. ed., Bs. As., Depalma, 1988, págs. 137 y ss., esp. págs. 143/144; "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", 2a. ed., T.I, Bs. As., EJEa, 1952, págs. 374 y ss.; "La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado", Barcelona, Bosch, 1935, págs. 9 y ss.). En relación con el proyecto de ley suizo, v. KNOEPFLER, François, "Le projet de loi fédérale sur le droit international privé helvétique", en "Revue..." cit., T.68, págs. 31 y ss.(respecto del Derecho aplicable cuando no se ha podido investigar el indicado, Knoepfler dice allí:"Si le droit étranger applicable est celui d'un Etat africain, rattaché au système de la common law, et

que ce droit n'est pas déterminable, le juge suisse pourra tenir compte d'un droit voisin ou des grandes lignes de la common law. La solution est généreuse. La jurisprudence dira si elle est pratique.", pág. 39). El recurso al Derecho propio en lugar de un Derecho afín con el declarado aplicable abusa de los criterios generales orientadores y de la referencia a la igualdad de todos los hombres, marginando indebidamente la valoración completa y la atención a la unicidad. Se trata de un ilegítimo "fraccionamiento" de la justicia (puede c. GOLDSCHMIDT, Werner, "Introducción filosófica al Derecho", 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987, págs. 401 y ss.). Para superar las dificultades que se presenten al respecto se cuenta con el auxilio del Derecho comparado.

Entre las disposiciones de la Parte Especial de la nueva ley suiza se destacan la sujeción de los conflictos de leyes en materias de derechos de personas, de familia y de sucesión a la ley del domicilio (v. KNOEPFLER-SCHWEIZER, "La nouvelle..." cit., pág. 209; OVERBECK, Alfred von, "Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé", en "Revue..." cit., T. 77, pág. 244), conservando como solución subsidiaria la ley de la nacionalidad (KNOEPFLER-SCHWEIZER, op. cit., pág. 210) y la consagración de un capítulo nuevo a la propiedad intelectual (KNOEPFLER-SCHWEIZER, pág. 209). También puede v. STOJANOVIC, Srdjan, "Le droit des obligations dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé", en "Revue..." cit., T. 77, págs. 261 y ss.). V. respecto de la ley alemana del 25/7/1986 y la posición "nacionalista" SONNENBER

GER, op. cit., págs. 13 y ss.; STURM, Fritz, "Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand", en "Revue..." cit., T. 76, págs. 34 y ss. Se advierte, en ambas leyes, cierta consideración a la "residencia habitual".