

# CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI \*

**Resumen:** Se presenta una concepción compleja del Derecho Internacional Privado, inspirada en la teoría trialista del mundo jurídico, que incluye un conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y sus soluciones, captados por normatividades que emplean un complejo de métodos que incluye el método analítico privatista, el método indirecto, el método directo y el método sintético judicial e inspirados, las soluciones y los métodos, en el respeto al elemento extranjero o su integración en espacios vitales más amplios.

**Palabras clave:** Derecho Internacional Privado - Concepto - Teoría trialista del mundo jurídico - Derecho Comparado - Repartos - Métodos.

**Abstract:** This paper presents a complex conception of Private International Law, based on the Trialist Theory of the Juridical World, which includes a set of Private Law cases with foreign elements and their solutions, grasped by norms which use a complex of methods that includes the privatist analytical method, the indirect method, the direct method and the judicial synthetic method, and inspired both solutions and methods in the respect for the foreign element or its integration into larger living spaces.

**Key words:** Private International Law - Concept - Trialist Theory of the Juridical World - Comparative Law - Allotments - Methods.

## I. Nociones generales

1. Los conceptos poseen los alcances que les damos los seres humanos, pero importa que se refieran con la mayor claridad posible a lo que deseamos considerar. El concepto de Derecho Internacional Privado ha motivado y seguirá provocando grandes discusiones, pero creemos que el alcance más interesante en las actuales circunstancias

---

\* Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Investigador principal del CONICET.

El texto de este trabajo corresponde a notas básicas de las lecciones que el autor imparte en la Facultad de Derecho de la UNR. Aunque la principal referencia está en el tema del concepto de la materia, se incluyen algunas consideraciones más específicamente vinculadas a otros temas que resultan esclarecedoras.

*El autor agradece a los profesores Walter Birchmeyer y Andrea Straziuso la colaboración en la revisión del presente texto.*

*Homenaje del autor a la memoria de sus queridos profesores Pablo Werner Schlosshauer y Jeannette Cerceau.*

históricas es el que le asigna no sólo las respuestas de *elección de las leyes aplicables*, cuyo problema consideramos la razón de ser última de la individualidad de la materia, sino también las respuestas *materiales* para los casos internacionales<sup>1</sup>, las soluciones de *aplicación inmediata* (“leyes de aplicación inmediata”), las respuestas de *elección de jurisdicciones* y la *transposición procesal*, incluyendo el auxilio procesal y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias y los laudos extranjeros<sup>2</sup>. Se trata de un *complejo* en el cual el área nuclear es formada por la elección de las leyes aplicables –mejor dicho los *Derechos* aplicables– a los casos con elementos extranjeros, luego figuran la elección de jurisdicciones y la transposición procesal<sup>3</sup> y, más en la periferia, las soluciones materiales para los casos internacionales y las leyes de aplicación inmediata constituidas por la reserva del orden público y las “leyes de policía”, que constituyen de alguna manera la sombra de dicho núcleo<sup>4</sup>.

Toda referencia a una rama jurídica, como sucede en este caso con el Derecho Internacional Privado, lleva al menos implícita una noción de Derecho. En nuestro caso, utilizamos una *concepción tridimensional*, dirigida a hechos, normas y valores, en el particular desarrollo de la *teoría trialista del mundo jurídico*, que presenta al objeto jurídico como “repartos”<sup>5</sup> captados por normatividades y valorados por un complejo de valores culminante en la justicia<sup>6</sup>. A su vez, importa tener en cuenta que el mundo

---

1 Es posible c. por ej. LOQUIN, Eric, “Les règles matérielles internationales”, en “Recueil des Cours” de la Académie de Droit International, t. 322, págs. 9 y ss.; GONZALEZ CAMPOS, Julio D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours general”, en “Recueil...” cit., t. 287, págs. 9 y ss.

2 Puede v. por ej. FRANCESKAKIS, Ph., “Droit international privé”, en FRANCESKAKIS, Ph. (dir.), “Encyclopédie Juridique - Répertoire de Droit international”, París, Dalloz, t. I, 1968, págs. 671 y ss.

3 Un sector de la doctrina ha llegado a afirmar, no sin cierta razón, que el conflicto de leyes (elección del Derecho aplicable), la competencia judicial y los efectos de las sentencias y decisiones son tres dimensiones indisociables del Derecho Internacional Privado (puede v. LAGARDE, Paul, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, en “Recueil...” cit., t. 196, págs. 9 y ss.).

4 En relación con la historicidad del Derecho Internacional, es posible v. por ej. DIEZ DE VELASCO, Manuel, “Instituciones del Derecho Internacional Público”, 15ª ed., reimp. 2006, Madrid, Tecnos, 2006, págs. 74 y ss.

5 Los repartos son adjudicaciones de potencia e impotencia, es decir de lo que favorece o perjudica al ser y en especial a la vida humana, originadas por la conducta de hombres determinables.

6 Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico es posible c. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/4; “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. Cabe c. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía

jurídico así constituido se desenvuelve en profunda interrelación con el *resto de la cultura*, es decir, con la economía, la ciencia, el arte, la religión, etc..

Puede indicarse que el Derecho Internacional Privado resulta un *conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y sus soluciones, captados por normatividades que emplean un complejo de métodos que incluye el método analítico privatista, el método indirecto, el método directo y el método sintético judicial e inspirados, las soluciones y los métodos, en el respeto al elemento extranjero o su integración en espacios vitales más amplios*<sup>7</sup>.

El orden de las dimensiones en los despliegues de tipo filosófico, como el presente, es socio-normo-dikelógico<sup>8</sup>, pero al hacer referencia a los temas positivos es normo-socio-dikelógico.

## II. Desarrollo

### 1. Dimensión sociológica

2. Los *casos* son entendidos como problemas, conflictuales o no, acerca de repartos de “potencia” e “impotencia”. Para comprender los repartos presentes y pretendidos en profundidad hay que reconocer sus elementos, en cuanto a quiénes son repartidores (conductores); quiénes son beneficiarios o gravados; cuáles son los objetos (potencias e impotencias); cuáles son las formas (los caminos previos para llegar a los repartos) y cuáles son las razones respectivas (móviles, razones alegadas y razones sociales que asigne la comunidad). Esa comprensión requiere apreciar, de manera destacada, los *intereses* en juego, y de modo también remarcable, quiénes son los *beneficiarios beneficiados o gravados*. No se comprende adecuadamente el marco

---

Social, <http://www.centrodefilosofia.org.ar/> (7-2-2009); Escuela Superior de Derecho, Cartapacio de Derecho, <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/> (7-2-2009).

7 Una excelente construcción del Derecho Internacional Privado inspirada en la teoría trialista del mundo jurídico puede v. en GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 6ª ed., Bs. As., Depalma, 1988; del mismo autor, con más referencia egológica, cabe c. “Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado”, 2ª ed., Bs. As., EJE, 1952/4. En relación con la producción del “Sistema...” goldschmidtiano, cabe c. CHAUMET, Mario Eugenio, “Meditaciones sobre el Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado”, en <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/centro/article/viewFile/379/288> (8-2-2009).

8 Aprovechando el nombre de “Diké”, una de las divinidades griegas de la justicia, Goldschmidt llama a la ciencia de la justicia, valor que él considera objetivo, “Dikelogía” (v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La ciencia de la justicia”, Madrid, Aguilar, 1958; 2ª ed., Bs. As., Depalma, 1986). También puede estudiarse dicho valor sobre bases consensuales.

jurídico si no se tiene en cuenta el reparto de vida. En nuestro caso, ello ha de realizarse en cuanto al Derecho Internacional Privado y el Derecho a aplicar<sup>9</sup>.

Los repartos ocurren siempre en marcos de otros repartos y de *distribuciones*, que son adjudicaciones de potencia e impotencia producidas por la naturaleza, las influencias humanas difusas y el azar. Las influencias humanas difusas se originan en la economía, la ciencia, la técnica, el arte, la religión, etc. No es viable comprender el Derecho sin considerar las distribuciones, especialmente de la *economía*. Lo propio sucede con el Derecho Internacional Privado. Resolver problemas de Derecho Internacional Privado es resolver cuestiones económicas<sup>10</sup>, científicas, técnicas, artísticas, religiosas, etc..

Aunque la distinción entre el Derecho Privado y el Derecho Público no sea total, y pese a que se incluyen en nuestro ámbito normas de aplicación inmediata que son de policía y pertenecen al Derecho Público, la exigencia de que se trate de casos *jusprivatistas* es relevante porque es en este marco donde el respeto al elemento extranjero conduce más a la solución central, de elección del Derecho aplicable, que importa la extraterritorialidad del Derecho elegido más allá del campo para el que fue dictado. El Derecho Público se identifica, al menos todavía, por la aplicación territorial, es decir, dentro del ámbito para el que fue dictado.

3. Los *elementos extranjeros* surgen por la *internacionalidad*, que se constituye por la existencia de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás y relaciones jurídicas con perspectivas económicas, científicas, técnicas, artísticas, religiosas, etc. suficientemente estrechas como para producir una regulación compleja<sup>11</sup>. Los Estados en guerra de exterminio y los Estados aislados no producen una comunidad “inter-nacional”. La internacionalidad nació alrededor del siglo XVI entre Estados de Europa occidental y central, distintos pero con una herencia común que reclamaba y

---

9 En relación con los intereses y las políticas en juego, es viable v. por ej. BRILMAYER, Lea, “The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules”, en “Recueil...” cit., t. 252, págs. 9 y ss.

10 Es posible c. MUIR WATT, Horaria, “Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l’impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)”, en “Recueil...” cit., t. 307, págs. 25 y ss.

11 Cabe c. por ej. VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, 4ª ed. con la colaboración de Karl Zemanek, trad. Antonio Truyol y Serra, 4ª ed., Madrid, Aguilar, 1963, págs. 4 y ss.

Con mayor o menor presencia del tridimensionalismo en el Derecho Internacional Público, es dado tener en cuenta la obra tridimensionalista de PUIG, Juan Carlos, “Derecho de la Comunidad Internacional”, I, Parte General, 2ª reimp., Bs. As., Depalma, 1986; también v. PASTOR RIDRUEJO, José A., “Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales”, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 1998, págs. 39 y ss.

encauzaba sus vinculaciones<sup>12</sup>. Al principio no se tuvieron en cuenta las diversidades privatistas, pero su consideración adquirió relevancia cuando, a partir del siglo XVIII y especialmente del siglo XIX, se consideró que los casos que se vinculen con diversos Estados pueden recibir soluciones distintas de las respuestas nacionales de los Estados que los resuelven. Así surgió, como culminación de la comunidad juspublicista, la *comunidad jusprivatista internacional*. Se trataba, vale tenerlo en cuenta, de una comunidad referida de manera muy significativa a los “estados civilizados”<sup>13</sup>.

En la actualidad la internacionalidad clásica es modificada por fenómenos de *integración* y de *globalización*<sup>14</sup>, al punto que se van constituyendo áreas jurídicas relativamente diversificadas como Derecho de la Integración y “Derecho de la Mundialización”<sup>15</sup>. Entre las causas de estas nuevas realidades se destaca el despliegue de la *economía* en espacios que exceden a los Estados modernos tradicionales. El Derecho es siempre un fenómeno “universal” como la vida misma de la humanidad, pero en este tiempo –pese a fenómenos de crisis– las fuerzas y las relaciones de producción impulsan a una expansión global que culmina el sentido de mundialización expresado de cierto modo notorio ya con la “circunnavegación” del Planeta lograda por el viaje de Magallanes-Elcano que culminó en 1522<sup>16</sup>.

Tal vez hoy esté formándose un Estado mundial en etapa “hobbesiana” de monopolización del poder, que afectaría la primera condición de la internacionalidad. Sin embargo, en correlación con la globalización se produce también una grave *marginación*.

4. La diversidad de Estados significa diferencias entre los *sistemas jurídicos*, de modo que para comprender el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional Privado, es relevante tener en cuenta esos sistemas, que incluso forman diferentes “familias jurídicas” estudiadas tradicionalmente por el *Derecho Comparado*<sup>17</sup>. Como cada sistema

---

12 Cabe c. por ej. PUIG, op. cit., págs. 41 y ss.

13 V. DIEZ DE VELASCO, op. cit., págs. 62/3.

14 Es posible c. ALTERINI, Atilio A. y NICOLAU, Noemí L. (dir.), “El Derecho Privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización. Homenaje al Profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani”, Bs. As., La Ley, 2005.

Cabe ampliar en nuestros trabajos “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; “La globalización/marginación y el replanteo de los tipos legales y los puntos de conexión del Derecho Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N° 35, págs. 15/27.

15 Mejor, “Derecho Universal” respetuoso de las particularidades.

16 Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Universal”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2001.

17 Para denominar al conocimiento del Derecho extranjero se ha propuesto la expresión “Alonomología” (puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “El S.O.S. del Derecho Internacional Privado

jurídico es, a su vez, parte de una cultura, importa considerar las grandes “familias culturales”.

Pese a que existe una tendencia a la desestabilización de los sistemas distintos del Derecho Occidental anglosajón dominante, cabe señalar que el Derecho Internacional, nacido en los marcos de la cultura occidental, tiene que abarcar ahora relaciones dentro de la occidentalidad con áreas distintas de la anglosajona (como es en general la latinoamericana) y con otras “familias” como son la rusa, la musulmana, la del Extremo Oriente, la de la India tradicional y la del África Negra y Madagascar.

Una capa uniformadora de globalización abarca con diversos grados de “espesor” todo el Planeta, pero no es posible comprender la “inter-nacionalidad” y la necesidad de respeto al elemento extranjero si no se tiene en cuenta que debajo de ella subsisten múltiples diversidades culturales a veces expresadas todavía por los sistemas jurídicos estatales. Sobre todo con referencia a la globalización puede decirse que quizás el Derecho Comparado tienda a convertirse en Historia del Derecho<sup>18</sup>.

Las diferentes culturas interesan no sólo por los contactos entre ellas que se resuelven en alguna medida en el Derecho Internacional Privado, sino porque éste es *resultado* de las culturas en que se desenvuelve<sup>19</sup>.

clásico”, Bs. As., de Belgrano, 1979, págs. 123 y ss.). En cuanto al Derecho Comparado, pueden v. por ej. DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10ª ed., París, Dalloz, 1992; ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, “Introduction to Comparative Law”, trad. Tony Weir, 3ª ed., Oxford, Clarendon, 1998; LOSANO, Mario, “Los grandes sistemas jurídicos”, trad. Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Comparado y su relación con el Derecho Internacional Privado”, en “Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 10, págs. 15 y ss.; “Visión sintética del Derecho Comparado desde el punto de vista cultural, con especial referencia al Derecho de Familia”, en “Investigación...” cit., N° 30, págs. 95 y ss.; también “Filosofía y método del Derecho Comparado”, en “La Ley”, t. 1989-C, págs. 1080 y ss. Puede v. “Revue internationale de droit comparé”.

18 Cabe referir CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Una tendencia de la realidad de nuestro mundo: la conversión del Derecho Comparado en Historia del Derecho”, en “Investigación...” cit., N° 20, págs. 107/8.

19 Puede v. por ej. FRANCSCAKIS, Ph., “Droit international privé comparé”, en “Répertoire...” cit., t. I, págs. 675 y ss. ; VISCHER, Frank, “General Course on Private International Law”, en “Recueil...” cit., t. 232, págs. 9 y ss.; JAYME, Erik, “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, en “Recueil...” cit., t. 251, págs. 9 y ss. ; McCLEAN, David, “An Examination of the Private International Tradition of the Commonwealth”, en “Recueil...” cit., t. 260, págs. 9 y ss. ; DEPREZ, Jean, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, en “Recueil...” cit., t. 211, págs. 9 y ss.

5. El *Derecho Occidental* se apoya en una herencia muy compleja y tensa, integrada por aportes antiguos *griegos* (la sed de saber de la Filosofía, la creencia prometeica en el pecado triunfante, el arte antropocéntrico, la democracia), *romanos* (la propiedad privada fuerte y la libertad de contratación; la aptitud administrativa y utilitaria) y *judeocristianos* (la creencia en un Dios creador, persona, omnisciente, omnipotente, omnipresente, irrepresentable y de cierto modo innombrable, equilibrada en el sentido adánico del pecado “claudicante”; divinidad encarnada en un Hombre que enseñó que la ley ha sido hecha para el ser humano y el “Reino” no es de este mundo). Uno de los grandes elementos uniformadores de Occidente es el que se produce con la asunción del monoteísmo cristiano por el Imperio Romano. No es sin motivo que Constantino logró la uniformidad que se expresa en el Credo Niceno. A ese legado antiguo se agrega el aporte *germánico* de referencia a individualidades fuertes integradas en una comunidad.

Estos aportes comunes, aunque de intensidad diferenciada según las regiones, se van diversificando más cuando algunas áreas reciben influencias *musulmanas*<sup>20</sup> y al distinguirse la vertiente “insular” *anglosajona*, más “occamista” y empirista, que desarrolla el “common law” y la línea “*continental*” (de “derecho civil”), inspirada al fin por Descartes y Leibniz, que es más racional y referida al Derecho Romano justiniano. Asimismo se distingue en cuanto se enfrentan la *Reforma*, luterana, anglicana y calvinista, y la *Contrarreforma*, aunque la Paz de Westfalia fue un gran paso hacia al menos una relativa convivencia. En la marcha de Occidente se diferencian asimismo espacios más *feudales* o *capitalistas*; *monarquías* y regímenes *republicanos* y se complejizan referencias más *liberales* y otras más *sociales*.

En el panorama del Derecho Privado occidental “continental” tradicional cabe señalar, por ejemplo, el espíritu individualista de la “razón mandada” por el legislador, que plasmó en 1804 en el *Código Civil francés*, descollante bastión de la propiedad privada y la libertad de contratación; el sentido kantiano de juridicidad natural racional en manos del juez, del *Código Civil austríaco* de 1811<sup>21</sup>; la referencia más social del *Código Civil alemán* de 1896 y el fuerte contenido social estatal del *Código Civil italiano* de 1942<sup>22</sup>. En diversos grados, según las regiones, la subfamilia “continental” es hoy influida de modo creciente por la vertiente anglosajona, aunque también se produce cierta “continentalización” (suele decirse “civilización”) del “common law”.

---

20 Que, por ej., refuerzan la autoridad marital. Puede v. por ej. ESTEVEZ BRASA, Teresa M., “Derecho Civil Musulmán”, Bs. As., Depalma, 1981.

21 Cabe tener en cuenta en ese sentido el art. 16 del Código Civil argentino.

22 Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Lecciones de Filosofía del Derecho Privado (Historia)”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2003.

Quizás pueda sostenerse que, de los elementos básicos de Occidente, el que está más vivo es el *romano*, con importantes restricciones de los aportes filosóficos griegos y religiosos cristianos. Tal vez los Estados Unidos de América se asemejen, de algún modo, a la Roma imperial, aunque los sucesos adquieren a veces características sumamente sorprendentes.

Hoy uno de los rasgos notables de Occidente es la individualización y “contractualización” de las *relaciones familiares* y de la *vida sexual*, verdaderamente extraordinarias si se las relaciona incluso con algunas décadas atrás. En general, las soluciones respecto de Eros, como las que referimos y ahora causan frecuente sorpresa, poseen vasta proyección en el resto de las respuestas jurídicas. Otro de los caracteres es, claramente, la vocación expansiva del *capitalismo*.

*América Latina* es, de algún modo, parte del mundo occidental “continental”. Sin embargo, como consecuencia de su historia hispanoportuguesa está dividida por la presencia de dos culturas principales diferentes: una “*ibérica tradicional*”, nutrida por ejemplo en la Argentina por aportes itálicos meridionales<sup>23</sup>, que es más comunitarista, paternalista y de cierto modo católica tradicional, y otra “*anglofrancesada*”, que abarca también referencias norteamericanas, donde hay más caracteres individualistas, abstencionistas y al fin vinculados al calvinismo<sup>24</sup>.

Si bien el Canal de la Mancha importa mucho en cuanto a *cómo* se piensa el Derecho, respecto a la diversidad del sistema romano-justiniano germánico y el “common law”, los Pirineos son muy relevantes en relación con el *contenido* del mismo. Dadas las réplicas europeas que se desarrollaron en América, de alguna manera el Canal de la Mancha y los Pirineos son “más representativos” que el Océano Atlántico<sup>25</sup>.

---

23 Y de cierto modo por alguna “asimilación” diversificada hecha por las culturas indígenas.

24 Entre los representantes de la corriente hispánica tradicional están Felipe II, Rosas y Perón; entre los de la vertiente anglofrancesada se encuentran Carlos III, Belgrano, Moreno, Rivadavia, Mitre, Sarmiento y Aramburu.

25 Cabe ampliar c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La escisión de la conciencia jurídica y política argentina”, en “Revista de la Universidad de Buenos Aires”, publicación en homenaje al profesor Rafael Bielsa, vol. VI, págs. 21 y ss.; “Bases jusfilosóficas del Derecho de la Cultura”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1993; “Notas para la comprensión jusfilosófica de América Latina”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 12, págs. 29 y ss.; “Bases culturales del Derecho argentino”, en “Revista del Centro...” cit., N° 27, págs. 113/26; en cuanto a la diversidad entre las culturas iberoamericana y lusoamericana, “El marqués de Pombal, Portugal, Brasil y el Mercosur”, en “Derecho de la Integración”, N° 4, págs. 113 y ss. Es notorio que especialmente en Brasil se ha de tener en cuenta al elemento negro, quizás más cercano a lo ibérico tradicional. En cuanto a la historia de Occidente, cabe ampliar en nuestros “Estudios de Historia del Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

6. El *Derecho ruso* se desenvuelve en una herencia en parte europea y en parte asiática<sup>26</sup>, que en esta última perspectiva lo remite a la dominación por los mongoles, desde c. 1223 a c. 1482, precisamente el tiempo en que en Europa se producía el despertar que llegó a formar el Renacimiento. En Rusia la religión quedó sometida al Estado y la autocracia se desarrolló con rasgos más occidentalistas o aislacionistas según las circunstancias; el autoritarismo se expresó incluso en el sistema soviético, en una dictadura de referencia marxista<sup>27</sup>.

7. El *Derecho musulmán* depende del Islam, la religión de la entrega a Dios, referida al Corán, a las enseñanzas de la vida del profeta Mahoma (muerto en 632) y al consenso primario de la comunidad. En el Islam los elementos occidentales quedan reducidos en gran medida a la remisión a la misma divinidad judeocristiana. Sin ignorar las diferencias, cabe señalar que Alá es Jehová, es Dios. Es cierto que esta referencia ha permitido que se llegue a hablar de la “grande y duradera herejía de Mahoma”, pero en la cultura musulmana el “Reino” es también de este mundo, de modo que el Corán no es sólo un libro religioso, como termina siendo la Biblia, sobre todo por efecto del Nuevo Testamento, sino una obra jurídica<sup>28</sup>.

El Islam está lejos de ser la cultura “demoníaca” que pretende presentarse con fines a veces inconfesables de beneficio económico, mas importa tener en cuenta que, pese al papel de intermediarios que los árabes musulmanes han tenido respecto de otras culturas y Occidente<sup>29</sup>, en él la afinidad con lo occidental se encuentra casi en todo en un relativo parentesco religioso<sup>30</sup>. Una de las líneas de mayor diferenciación del Derecho musulmán respecto del occidental está, notoriamente, en el Derecho de Familia. Además, la disciplina sexual musulmana se conflictúa con la liberalización occidental.

8. En el *Extremo Oriente*, que abarca las ramas de la originaria subfamilia china y la derivada subfamilia japonesa, las bases de la convivencia tienen sobre todo

---

26 La relación entre Europa y Asia ha sido a menudo conflictiva.

27 Pedro el Grande, Kerensky y Gorbachov son manifestaciones de la Rusia más occidentalizante; tal vez Iván el Terrible, Stalin y Putin sean, de muy diferentes maneras, muestras de la Rusia más “autóctona”.

Es posible c. nuestro trabajo “Notas para la comprensión jusfilosófica del Derecho Soviético”, en “Investigación...” cit., N° 8, págs. 59 y ss.

28 Puede v. BELLOC, Hilaire, “Las grandes herejías”, trad. Pedro de Olazábal, 3ª ed., Bs. As., Sudamericana, 1966, págs. 61 y ss.

29 Por ejemplo, los árabes hicieron viable la introducción en Europa de la numeración “arábiga”, de extraordinaria importancia para la economía, pero se trata de símbolos originarios de la India.

30 V. ESTEVEZ BRASA, op. cit.

referencias morales de *armonía cósmica* y respeto a los *antepasados*. Dentro del grupo, China es una cultura más remitida a la continuidad del tiempo; Japón tiene más sentido de inmediatez beligerante. La formación moral china posee sus orígenes principales en la obra de Confucio, pensador del siglo V a. J-C.

En el Extremo Oriente tradicional, la exigencia de la composición de los conflictos es muy grande, incluso con sacrificio del individuo. La imposibilidad de recibir un Derecho de modelo francés y la remisión al Derecho alemán es uno de los datos importantes del proceso de relativa occidentalización del Japón. Uno de los grandes interrogantes jurídicos de la vida actual es el de las relaciones que tendrán los rasgos tradicionales de las subfamilias japonesa y sobre todo china con las influencias occidentales que, en diversos grados, han ingresado e ingresan en la zona. El papel que jugará China en el porvenir es muy relevante para el mundo futuro.

9. Pese a la enorme diversidad de la región, cabe señalar que la cultura de la *India tradicional* posee referencias que trascienden la vida de los individuos abarcando, en cierta circularidad, la vida terrenal y despliegues previos y posteriores, incluidos en la transmigración del alma. Asimismo existe una fuerte estructura de castas que en parte se relaciona con las sucesivas conquistas producidas en la región. La división en castas se consolida por la grave sanción a la familia surgida de la transgresión y por la legitimación de lo que suceda en esta vida mediante referencias a tiempos anteriores o posteriores de la existencia de la propia alma. La India evidencia en parte importantes rasgos de occidentalización que quizás la conviertan en otro interrogante relevante del mundo futuro.

10. El *África Negra y Madagascar* tradicionales hacen remisión relativamente indiferenciada a la vida natural y sobrenatural, a la existencia material y espiritual, al desenvolvimiento real y mágico. Sin embargo, la presencia occidental ha producido situaciones de anomia y desequilibrio cultural con gravísimas consecuencias.

11. El Derecho Internacional Privado se ocupa de relacionar estos espacios tan disímiles que, a su vez, tienen muy importantes diversidades internas. Las líneas de la materia difieren según los marcos donde se producen. Por ejemplo, los Estados Unidos de América promueven muchas veces respuestas de más liberalismo económico y de autonomía de las partes, no compartidas ni fácilmente asimilables en otros ámbitos<sup>31</sup>.

---

31 Puede v. nuestro artículo "Aportes para la comprensión axiológico-histórica de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", en "Boletín de la Sección Derecho Internacional Privado de la AADI", N° 5, págs. 27 y ss.

12. Los *elementos extranjeros* surgidos de tales diferencias pueden ser *personales* (nacionalidad, domicilio, residencia habitual, residencia, etc.), *reales* (lugar de situación, lugar de registración, etc.) o *conductistas* (autonomía de las partes en la elección del Derecho aplicable –“autonomía conflictual”–, lugar de celebración, lugar de ejecución, lugar donde sucede un acto, lugar donde un acto produce consecuencias, mayor favor a alguna solución, etc.). También puede reconocerse si la extranjería se relaciona con los repartidores, los beneficiarios, los objetos, la forma y las razones de los repartos. Hay casos que tienen repartidores extranjeros (v. gr. contratantes domiciliados en el extranjero), beneficiarios extranjeros (contratantes que deben cobrar en el extranjero), objetos extranjeros (potencias contractuales a producirse en el extranjero), formas extranjeras (negociación, celebración o proceso extranjeros) y razones extranjeras (fines contractuales a cumplirse en el extranjero). Además, la referencia al Derecho extranjero plantea, notoriamente, la presencia de repartidores extranjeros en cuanto a la solución que se brinda a los casos. Los elementos personales, reales y conductistas son tomados en cuenta para la determinación del Derecho elegido para ser aplicado.

13. Las *soluciones* de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros que constituyen el ámbito básico del Derecho Internacional Privado pueden ser *territorialistas*, *extraterritorialistas* y *no territorializadas*. Las respuestas territorialistas aplican un Derecho dentro del mismo ámbito para el que fue dictado; las extraterritorialistas lo emplean fuera de ese marco y las “no territorializadas” prescinden de las referencias a los Derechos estatales.

El territorialismo y el extraterritorialismo pueden ser *ilimitados* o *limitados*. En el territorialismo ilimitado se aplica el mismo Derecho a los casos nacionales e internacionales, sea en un Derecho Privado común o mediante soluciones que se consideran “de aplicación inmediata”. En el territorialismo limitado se utilizan respuestas especiales, sean de Derecho de Extranjería dictado genéricamente para los casos con elementos extranjeros; de respuesta material específica para éstos atendiendo a sus particularidades; de Derecho Uniforme o Derecho Unificado. En el Derecho Uniforme diferentes Estados adoptan soluciones coincidentes; en el Derecho Unificado los Estados tienen una misma solución. En los dos últimos casos, el territorialismo limitado produce, en diferentes grados, un nuevo espacio territorial.

En el extraterritorialismo ilimitado se “recibe” un Derecho extranjero para resolver casos que en realidad se tienen por nacionales. La “recepción”, se hizo célebre en el ingreso del Derecho romano justinianeo en Europa continental, pero se presenta también con gran medida en países como la Argentina, donde han ingresado modelos de

diferentes orígenes según la materia de que se trate (por ej. el Derecho Constitucional norteamericano, el Derecho Civil francés, el Derecho Administrativo francés, etc.) generando importantes problemas de adaptación<sup>32</sup>. En el extraterritorialismo limitado, núcleo de las soluciones jusprivatistas internacionales, se adopta un Derecho para resolver casos ajenos al marco en que se dictó. Como recurso técnico aparece entonces el contacto con el Derecho extranjero a través de la referencia al elemento extranjero relevante (domicilio, lugar de celebración, etc.). El extraterritorialismo ilimitado se remite a la igualdad entre los países, sea por razones de aspiración de los receptores o de dominación; el extraterritorialismo limitado se refiere a la unicidad.

La “no territorialización” puede provenir de la autonomía “material” de las partes, que hacen sus propias soluciones prescindiendo de los Derechos estatales o de los usos de los comerciantes (“lex mercatoria”) cuando se los considera obligatorios sin remisión del Derecho estatal.

La baja Edad Media vivió un período de extraterritorialidad interregional, producido cuando la diversidad de Derechos particulares y la base del Derecho Común, romano y canónico, permitieron que Acursio recomendara, en su célebre glosa de 1228, aplicar en Módena Derecho de Bolonia, sirviendo así al despertar de la vida occidental y al despliegue capitalista. La Constitución comentada, “Cunctos Populos” de 380, en la que el emperador Teodosio imponía el criterio territorialista de sujeción a la fe católica según las enseñanzas del Concilio de Nicea y a las autoridades eclesiásticas a “cuantos pueblos” estaban sometidos al poder imperial<sup>33</sup>, dio como resultado, en las nuevas circunstancias, una solución extraterritorialista. Acursio entendió que si el Derecho se aplicaba a los súbditos, en Módena a un boloñés se le debía aplicar Derecho de Bolonia.

---

32 Es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero”, en “Revista de Direito Civil”, N° 8, págs. 73 y ss.; “Originalidad y recepción en el Derecho”, en “Boletín del Centro...” cit., N° 9, págs. 33 y ss.; “El Derecho Universal” cit.; PAPACHRISTOS, A. C. “La réception des droits privés étrangères comme phénomène de sociologie juridique”, Paris. L.G.D.J., 1975; WATSON, Alan, “Legal Transplants. An Approach to Comparative Law”, 2ª ed., Athens, The University of Georgia, 1993.

33 In nomine Domini Nostri Ihesu Christi Codicis Domini Nostri Iustiniani Sacratissimi Principis Repetitae Praelectionis, Liber Primus, 1.1.1 Imperatores Gratianus, Valentinianus, Theodosius . Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit temperamentum, in tali volumus religione versari, quam divinum Petrum apostulum tradidisse Romanis religio usque ad nunc ab ipso insinuata declarat quamque pontificem Damasum sequi claret et Petrum Alexandriae episcopum virum apostolicae sanctitatis, hoc est ut secundum apostolicam disciplinam evÁngelicamque doctrinam patris et filii et spiritus sancti unam deitatem sub pari maiestate et sub pia trinitate credamus. ..., <http://webu2.upmf-grenoble.fr/Haiti/Cours/Ak/Corpus/CJ1.htm> (7-2-2009).

Luego, la consolidación de los Estados modernos, nacidos de la alianza de la burguesía, que necesitaba mercados más amplios, con los reyes que disponían de los territorios respectivos, llevó a soluciones territorialistas ilimitadas que casi desconocían las vinculaciones con otros Derechos. Llegó a considerarse que la aplicación del Derecho extranjero era una simple expresión de cortesía. Sin embargo, el crecimiento de las relaciones entre los Estados condujo a la extraterritorialidad limitada de la elección del Derecho que se consideraba más vinculado a cada caso propuesta por Savigny en el octavo volumen del “Sistema del Derecho Romano actual” en 1849<sup>34</sup>. A medida que se acentúan las relaciones entre los Estados hoy se complementa la extraterritorialidad limitada con la territorialidad limitada de la integración y de cierto modo de la globalización y con la “no territorialización”<sup>35</sup>. Las soluciones no son sólo conflictuales sino también “materiales”.

14. Los repartos pueden ser *autoritarios*, desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder o *autónomos*, desarrollados por acuerdo y satisfactorios del valor cooperación. El Derecho Internacional Privado desplegado en leyes y sentencias es autoritario; el que se produce por acuerdos de las partes respecto del Derecho aplicable o las soluciones concretas (autonomía de las partes, conflictual o material) consiste precisamente en repartos autónomos.

Las soluciones repartidoras pueden *ordenarse* según el *plan de gobierno en marcha*, que indica quiénes son los supremos repartidores y cuáles son los criterios supremos de reparto y realiza el valor previsibilidad o de la *ejemplaridad*, que vincula los repartos según el seguimiento de repartos considerados ejemplares y satisface el valor solidaridad. El Derecho Internacional Privado suele constituirse mediante plan de gobierno en marcha expresado de modo destacado en tratados y leyes y por ejemplaridad, manifestada, por ejemplo, en la *lex mercatoria* (usos de los comerciantes)<sup>36</sup>.

Los repartos se desenvuelven en el juego de factores de poder que forman una *constitución material*; en ella no todo lo que se quiere es posible. Se presentan, de este modo, *límites necesarios* que son principalmente físicos, psíquicos, lógicos, socio-

---

34 Sexto de la traducción castellana: SAVIGNY, F. C. de, “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. Ch. Guenoux, Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora, t. VI, 1879, esp. págs. 137 y ss. (CCCXLVIII).

35 Cabe c. CIURO CALDANI, Miguel Ángel (con colaboración), “Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

36 Puede v. la tesis doctoral de Cristian Giménez Corte “Usos y Costumbre Jurídica y nueva *lex mercatoria* en América Latina con especial referencia al Mercosur” (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 8 de febrero de 2007).

políticos y socioeconómicos. Lo propio sucede en el Derecho Internacional Privado. El tratamiento de los elementos extranjeros depende de las fuerzas que jueguen en los diferentes casos. Entre los límites importantes están el despliegue psíquico chauvinista y el sentido de disolución globalizador. También son relevantes, v. gr. la búsqueda de la dominación política, las conflictividades económicas, etc.

15. El Derecho Internacional Privado tradicional reconocía diversas corrientes, entre las que se destacan la germánica, que se refería exclusivamente al conflicto de leyes. La corriente latina tenía una perspectiva triple, porque agregaba la nacionalidad y la condición del extranjero y la vertiente anglosajona poseía un enfoque doble, pues consideraba asimismo el conflicto de jurisdicciones. En las últimas décadas, sobre todo a partir de la Ley Federal Suiza de 1987, a la corriente del *conflicto de leyes*, con soluciones extraterritorialistas limitadas –complementada como señalamos con la materialidad de las soluciones del territorialismo limitado, al que tienden sobre todo la integración y la globalización, y con la “no territorialización”– se agregan la *jurisdicción internacional* y la “*transposición procesal*”, centrada en el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros pero comprensiva también de la cooperación en el curso del proceso. La abstracción germánica, que entendía que la jurisdicción era irrelevante porque los jueces siempre aplicarían el Derecho “debido”, ha sido superada por un sentido más concreto y continuo del desenvolvimiento de los casos. *Jurisdicción, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos* son los grandes temas del Derecho Internacional Privado actual<sup>37</sup>. El espíritu práctico de los anglosajones ha hecho importantes avances.

## 2. Dimensión normológica

16. La propuesta trialista se interesa en mantener la máxima integración posible entre la realidad social y las normatividades. Por eso, entiende que éstas han de ser consideradas *captaciones lógicas* de repartos proyectados. La norma en especial es la captación lógica de un reparto proyectado hecha con carácter *promisorio*. Por eso importa que el reparto proyectado se cumpla. Este requisito de *cumplimiento* es referido también a las normas del Derecho Internacional Privado. La referencia al cumplimiento tiene importancia, por ejemplo, en las cuestiones jurisdiccionales y procesales.

---

37 Es posible c. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997.

Las normas del Derecho Internacional Privado clásico de conflicto de leyes se inspiran en el *método indirecto* que no da por sí mismo la solución, sino indica el Derecho aplicable. El recurso al método indirecto se vale de manera principal de “puntos de conexión” que indican de una manera abstracta y determinable el Derecho que se considera más vinculado con el caso. Sin embargo, entendiendo que el método brinda la solución a través del Derecho aplicable, Goldschmidt sostuvo que se trata también de una *norma indirecta*, no meramente indicativa del Derecho a tomar en cuenta, sino encargada al fin de la solución del caso. Toda la problemática de la consideración del Derecho aplicable es intrasistemática porque la norma es indirecta. El método indirecto es la expresión lógica de la extraterritorialidad, por eso su fundador es Acursio. Hoy los aportes de soluciones territorialistas y no territorializadas hacen que el Derecho Internacional Privado se valga no sólo del método indirecto sino también del *método directo*.

Dada la complejidad de los casos, el Derecho Privado emplea el *método analítico*, que con una experiencia de concepción milenaria los descompone en distintas cuestiones, v. gr. de capacidad, forma, validez intrínseca, efectos, derechos reales, matrimonio, etc. Ante dicha complejidad, también fue necesario el análisis para complementar de alguna manera el método indirecto. El primer método analítico empleado en este sentido fue aplicado por los posglosadores (Bártolo, Baldo, etc.) y tuvo carácter “*autárquico*”. Tomando la diferenciación del Derecho Romano en “persona” y “res”, se diferenciaron los estatutos (reglas jurídicas de las ciudades) personales y reales, adoptándose como criterio último el que indicaban las primeras palabras de la fuente a clasificar. Aunque esta solución parece forzada, vale recordar que la tradición romana, hoy mantenida por las Encíclicas, es colocar como primeras palabras del texto las más significativas. El civilista Savigny respondió al desafío del enriquecimiento de las relaciones internacionales aplicando al Derecho Internacional Privado el rico método analítico utilizado en el Derecho Privado. Por eso suele llamarse al método savigniano “*analítico analógico*”. También puede considerarse que se trata de un método “analítico privatista” en general.

El análisis del Derecho Interno puede ser sintetizado por el autor del sistema y lo propio ocurre cuando se recurre al método directo en el Derecho Internacional Privado, pero en el Derecho Internacional Privado clásico el método analítico puede remitir a distintos Derechos, cuya armonía sólo es asegurable asignando al fin esa tarea a los jueces. La aplicación de distintos Derechos puede dar soluciones no sólo incoherentes sino injustas. Por ejemplo: el cónyuge supérstite puede ser ampliamente beneficiado por el régimen de bienes de un Derecho y el régimen sucesorio de otro Derecho, cuando ambos sólo le asignaban participación importante en uno de estos caracteres. De aquí que

se requiera el método “de adaptación” o *sintético-judicial*<sup>38</sup>.

El artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979 establece el método sintético-judicial diciendo que las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.

17. Para que los repartos proyectados captados por las normas se cumplan, es necesario que éstas *funcionen*. El funcionamiento de las normas constituye un difícil recorrido que abarca tareas de reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis. También las normas del Derecho Internacional Privado han de funcionar.

La multiplicación de las fuentes del Derecho Internacional Privado genera relevantes problemas de *reconocimiento*, acentuados en nuestro tiempo por la influencia que las constituciones formales ejercen sobre el resto de las normas, en nuestro caso –por ejemplo– de tratados y de leyes, en que suelen expresarse las respuestas jusprivatistas internacionales<sup>39</sup>. El uso del método indirecto, sobre todo si se concibe que la misma norma es indirecta y no deja el caso hasta darle solución a través del Derecho aplicable, hace que las normas de Derecho Internacional Privado requieran siempre *determinación*. El razonamiento por *principios*, que ha ganado mucho terreno en las últimas décadas, es una manera de pensar tradicional en el Derecho Internacional Privado (principios de proximidad, de rechazo del fraude, de preservación del orden público, de formación del orden público, de utilidad en el rechazo del foro no conveniente<sup>40</sup>, etc.). La tarea de *síntesis* de las diversas normas que pretenden aplicarse en una realidad donde no encuentran cabida es un reflejo del método sintético judicial o de adaptación del Derecho

---

38 Los nombres de Zitelmann y Martín Wolff están unidos a la toma de conciencia de la necesidad de este método (Wolff habló sobre carencia y acumulación de normas); Raape lo denominó “problema de la adaptación” y Lewald lo desarrolló ampliamente.

39 La discusión acerca de la relación de la Constitución con el Derecho Internacional Privado y el orden público tiene larga tradición. En nuestro tiempo se modifican sus alcances por el desarrollo del neoconstitucionalismo.

Es posible v. por ej. HERZOG, Meter E., “Constitutional Limits on Choice of Law”, en “Recueil...” cit., t. 234, págs. 239 y ss.; GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le fonambule et l’arc-en-ciel). Cours general”, en “Recueil...” cit., t. 312, págs. 47 y ss.

40 “Forum non conveniens” o “inappropriate forum”.

Internacional Privado.

Es posible plantear una *comprensión funcional* de los grandes problemas generales del Derecho Internacional Privado<sup>41</sup>. El funcionamiento de las normas del Derecho extranjero aplicable está condicionado por la teoría del “uso jurídico”, que reclama la *imitación* de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictaría el juez extranjero<sup>42</sup>. Quizás deba decirse del equivalente de la solución que con el máximo grado de probabilidad tendría el caso en el país correspondiente.

La tradición del Derecho Internacional Privado evidencia que desde los comienzos su elaboración tiene gran *participación jurisdiccional*.

18. El *ordenamiento normativo* es la captación lógica de un orden de repartos. El Derecho Internacional Privado constituye un *subordenamiento* dentro del conjunto pero, a su vez, es una vía para la coordinación de los ordenamientos de diversos países<sup>43</sup>.

### 3. Dimensión dialéctica

19. Pese a que el complejo de valores con que puede construirse el objeto jurídico es diversificado, y en los últimos tiempos ha ganado espacio la utilidad, creemos que la más importante referencia ha de ser la *justicia*<sup>44</sup>.

En general, el *Derecho Privado* es un campo diversificado, de más relaciones de la justicia con la *utilidad* en el marco patrimonial, y de la justicia con el *amor* en el espacio familiar<sup>45</sup>. Al fin, el “paraguas” que cubre al Derecho Internacional Privado en la

---

41 Cabe c. nuestros trabajos “Consideración funcional de los problemas generales de las normas de Derecho Internacional Privado”, en “Estudios de Filosofía...” cit., t. I, págs. 81 y ss.; “La noción de Derecho Privado desde la perspectiva del funcionamiento de las normas”, en “Revista del Centro de Investigaciones...” cit., N° 24, págs. 105/12; “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.

42 Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”, Barcelona, Bosch, 1935.

43 Es posible c. MAYER, Pierre, “Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé”, en “Recueil...” cit., t. 327, págs. 9 y ss.

44 No obstante, con una mayor remisión al análisis económico del Derecho, puede v. por ej. Horatia Muir Watt, Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: A Matter of Political Economy, vol 7.3 Electronic Journal of Comparative Law, (September 2003), <http://www.ejcl.org/73/art73-4.html> (6-2-2009).

45 En cuanto a la exigencia de justicia en el Derecho Internacional Privado cabe c. por ej. GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional...” cit.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965; “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.;

consideración respetuosa o integradora de las diversidades ha de ser el valor *humanidad*, el deber ser cabal de nuestro ser. El valor humanidad indica que un hombre, aunque hipotéticamente desprovisto de cualquier otro valor, vale por su carácter de tal.

El Derecho Privado es identificable por los requerimientos de *justicia particular*, diferenciándose así del Derecho Público que está signado por las exigencias de la justicia general dirigida al bien común<sup>46</sup>. Aunque la división de lo público y lo privado no debe ser tajante, el contenido del Derecho Internacional Privado ha de ser construido con sentido privatista, de referencia al bien particular, incluso en el “orden público”<sup>47</sup>.

20. Si se acepta la propuesta trialista de considerar un *principio supremo* de justicia que requiere adjudicar a cada individuo la esfera de libertad necesaria para desarrollarse plenamente, es decir para “personalizarse”, pueden valorarse según él el reparto y el orden de repartos justos. En este caso, en cuanto al Derecho Internacional Privado.

La justicia del reparto tiene que ser considerada en todos sus elementos. La justicia respecto de los *repartidores* se decide en gran medida por el acuerdo de los interesados, es decir por la autonomía; por el acuerdo de los interesados en cuanto a la calidad de los beneficiarios, es decir la paraautonomía, y por el acuerdo de la mayoría, o sea la infraautonomía. En particular, en el Derecho Internacional Privado es relevante la legitimación de la autonomía de las partes, v. gr. para elegir o hacer el Derecho aplicable (autonomía conflictual o material), la paraautonomía de los árbitros y la infraautonomía

---

VRELLIS, Spyridon, “Conflict ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice”, en “Recueil...” cit., t. 328, págs. 175 y ss.

46 El Derecho Privado patrimonial se vincula más con la justicia consensual (pensada por consenso), sin consideración de personas (de roles), simétrica (de fácil comparabilidad de las potencias e impotencias, en general por la intervención de la moneda), conmutativa (con “contraprestación”), de aislamiento y particular; el Derecho Privado familiar tradicional se relaciona más con la justicia extraconsensual (pensada fuera del consenso), con consideración de personas, asimétrica (de difícil comparabilidad de las potencias e impotencias), espontánea (sin “contraprestación”), de participación y general.

47 Es posible c. nuestro trabajo “Meditaciones trialistas sobre el orden público”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1977-II, págs. 711 y ss. Pese a su nombre, el orden “público” de esta materia resguarda la identidad privatista de los Estados. Se diferencia del rechazo del fraude a la ley, que defiende la estructura de la comunidad internacional. El orden público jusprivatista internacional debe ser diferenciado también del que se opone a la autonomía del Derecho Interno. Se enfrenta principalmente al resultado de la internacionalidad, aunque a veces la propia internacionalidad sea contraria al orden público, porque la referencia a un Derecho sea insostenible. Este orden público puede oponerse al Derecho Internacional Privado gubernamental, convencional o interno, y al emergente del obrar de los particulares (v. gr. de la autonomía conflictual de las partes); puede enfrentarse al Derecho de fondo y al proceso.

de los gobernantes democráticos. A menudo la relación entre la autonomía de las partes y la infraautonomía gubernamental es tensa.

Como la materia tiende a amparar contra el régimen, a veces no se advierten los desvíos en que puede incurrir la autonomía meramente formal. La autonomía de las partes es en ciertos casos más aparente que real y entra en tensa relación con la protección de la parte débil<sup>48</sup>. En nuestro tiempo ha avanzado el sentido de legitimidad de los árbitros, que son repartidores de carácter paraautónomo.

Los *recipiendarios* se legitiman en gran medida por el mérito de la conducta y el merecimiento de la necesidad. Sea cual fuere su conducta, el recipiendario vinculado al extranjero tiene especial legitimación por la necesidad de su debilidad. En cuanto al *objeto* del reparto, importan principalmente la vida y la propiedad. El Derecho Internacional Privado se ocupa de ambos, sobre todo en los despliegues familiares y patrimoniales. La legitimidad de la *forma* de los repartos se produce por la audiencia, y ésta posee gran significación, por ejemplo, en el proceso internacional.

21. En el *orden justo* hay que considerar a cada individuo como un fin y no como un medio; en consecuencia el régimen debe ser *humanista* y no totalitario. Esto requiere especial cuidado en no mediatizar al elemento extranjero. El humanismo puede ser *abstencionista* o intervencionista (paternalista). Según el principio supremo referido, el abstencionismo tiene preferencia y el paternalismo ha de ser subsidiario. De aquí surge también la orientación al *respeto* y a la integración del elemento extranjero, permitiéndole desarrollar en la mayor medida posible su propio sentido vital.

Para que el régimen sea humanista debe atender al individuo en su *unicidad*, su *igualdad* y su participación en la *comunidad*. El Derecho Internacional Privado clásico se refiere de manera muy intensa a la unicidad, mas en la actualidad se han producido avances de la igualdad y la comunidad. Los individuos que presentan en sus desarrollos vitales elementos extranjeros son “especialmente” *únicos*. La unicidad fundamenta de manera básica el *respeto* al elemento extranjero, que se produce no sólo aplicando sino “*imitando*” el Derecho con el que el elemento extranjero se vincula, es decir, refiriéndose a éste en el nivel de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los jueces extranjeros (teoría goldschmidtiana del “uso jurídico”, ya referida). Podría decirse incluso –según indicamos– imitando en el nivel de la *solución concreta* que con el máximo grado de probabilidad tendría el caso en el Derecho extranjero. La construcción del Derecho extranjero es tarea que corresponde a los extranjeros. Es más, creemos que

---

48 Es posible v. el curso de Mohamed Salah Mohamed Mahomud “Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé”, en “Recueil...” cit., t. 315, págs. 141 y ss.

el Derecho extranjero debe ser tomando en consideración cómo lo vivirían los extranjeros en nuestro medio. La unicidad del elemento extranjero suele entrar en tensión con la idea de la *igualdad* en la universalidad de los derechos humanos<sup>49</sup>. A su vez debe existir igualdad “profunda” en relación con los nacionales, excluyendo los privilegios.

Una prueba de la igualdad que en iguales condiciones tienen los elementos nacionales y los extranjeros es el cumplimiento del principio moral de “*universalización*” que se produce cuando las normas no son meramente “unilaterales” y de “exportación”, es decir, no sólo se refieren a la aplicación del propio Derecho, sino son “*bilaterales*” y atienden a la “*importación*”<sup>50</sup>. En igualdad de condiciones se aplica el Derecho propio o se imita el Derecho extranjero según los contactos de los casos. Hay que atender, por ejemplo, al Derecho del domicilio de la persona de cuya capacidad se trate, sea éste nacional o extranjero. La igualdad de los seres humanos genera un ámbito de tensión entre el Derecho Internacional Privado y la universalidad que suele atribuirse a los *derechos humanos*<sup>51</sup>. El fundamento último del respeto se nutre de la *comunidad mundial*.

Vale evitar los excesos que desequilibran la unicidad, la igualdad y la comunidad: sean en la consideración del Derecho propio (con desvíos que suelen denominarse patriotismo o “chauvinismo” jurídico<sup>52</sup>) o en la referencia al Derecho extranjero cuando no corresponde su imitación (puede hablarse de “mundialismo”).

El régimen justo ha de *proteger* a los individuos contra todas las amenazas: de los demás individuos como tales y como régimen; de sí mismos y de “lo demás” (enfermedad, miseria, ignorancia, soledad, etc.). Por su particularidad –puede decirse su “distancia vital”– los elementos extranjeros resultan *débiles* y la justicia exige que sean protegidos. La extranjería significa riesgo de incompreensión. Claro está que no todo elemento extranjero es débil y puede ser por el contrario incluso agresor, pero es débil en

---

49 Puede v. REMIRO BROTONS, Antonio y otros, “Derecho Internacional”, Madrid, McGraw-Hill, 1998, págs. 985 y ss.

50 En principio, salvo razones excepcionales, las normas unilaterales deben ser “bilateralizables”. Con palabras de Werner Goldschmidt puede decirse que “Las normas de importación traducen la extraterritorialidad pasiva; las de exportación encauzan la extraterritorialidad activa” (GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional...” cit., pág. 84). Suele indicarse, sin embargo, que la reserva de orden público establece desigualdad entre nacionales y extranjeros.

51 Es posible v. KINSCH, Patrick, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, en “Recueil...” cit., t. 318, págs. 9 y ss.

52 La palabra “chauvinismo” significa patriotismo. Respecto del origen de la palabra, en relación con Nicolás Chauvin, quien parece haber sido un soldado de excepcional valor en la defensa del régimen de Napoleón luego tomado en cuenta en el teatro o un actor que se refería a él, pueden v. por ej. Sua Língua, [http://educaterra.terra.com.br/sualingua/02/02\\_eponimos3.htm](http://educaterra.terra.com.br/sualingua/02/02_eponimos3.htm) (5-2-2009); La Prensa Literaria, [http://www-ni.laprensa.com.ni/archivo/2002/marzo/30/literaria/lexicografia/\(7-2-2009\)](http://www-ni.laprensa.com.ni/archivo/2002/marzo/30/literaria/lexicografia/(7-2-2009)).

su calidad de extranjero y en este carácter ha de ser amparado. Si es agresor ha de intervenir el Derecho Público resguardando a la comunidad nacional (v. gr. mediante normas “de policía”). El sentido básico del Derecho Internacional Privado debe ser el resguardo del individuo contra el régimen y por esto no hay que considerar la relación interestatal estableciendo el requisito de la reciprocidad.

22. Hoy no siempre el Derecho Internacional Privado de la nueva comunidad internacional exige las soluciones de extraterritorialidad y de empleo del método indirecto que reclama el respeto tradicional y se desarrollan de manera creciente respuestas más igualitarias y comunitarias de *integración* y *aproximación* que utilizan incluso el método directo, pero las soluciones de extraterritorialidad y método indirecto son el *núcleo* de la materia<sup>53</sup>. En última instancia, si no existieran elementos extranjeros no habría Derecho Internacional Privado.

Al fin, por sendas de extraterritorialidad, territorialismo mitigado o no territorialización, de método indirecto o directo, el Derecho Internacional Privado se caracteriza por el sentido especial privatista de *justicia particular* en el *marco internacional*.

Para comprender la justicia que se pretende para los casos jusprivatistas internacionales cuando se recurre a las respuestas clásicas conflictualistas es relevante atender a los significados que tienen los distintos *puntos de conexión*<sup>54</sup>. En última instancia, vale atender a las particularidades de los individuos y los grupos superando la globalización/marginación en la *universalización*<sup>55</sup>.

23. El Derecho Internacional Privado plantea una posibilidad de comprender la complejidad de las *relaciones humanas*, importante también, incluso para las vinculaciones domésticas. De alguna manera, el prójimo es también, en cierto sentido un “extranjero” respecto de nosotros mismos<sup>56</sup>. Se trata de una “*escuela de vida*”.

---

53 Respecto de la individualidad de la materia, es posible v. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico”, Rosario, 1965; “Aspectos filosóficos del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo”, en “Jurisprudencia Argentina”, t. 1994-I, págs. 878 y ss.

Puede v. SOTO, Alfredo Mario, “Fundamentos del Derecho Internacional Privado”, en “Investigación...” cit., N° 15, págs. 59 y ss.

54 Es posible ampliar en nuestros “Estudios de Filosofía...” cit., t. III, 1984, págs. 38 y ss.

55 Cabe c. v. gr. GAUDEMET-TALLON, op. cit., págs. 25 y ss. En cuanto al tema, muy debatido, es posible v. AUDIT, Bernard, “Le droit international privé en quête d’universalité”, en “Recueil...” cit., t. 305, págs. 9 y ss.

56 Puede c. nuestros “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación...” cit., N° 37, págs. 85/140).