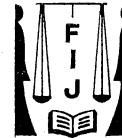


**MIGUEL ANGEL CIURO CALDANI**

Investigador del Consejo Nacional de  
Investigaciones Científicas y Técnicas

**ASPECTOS AXIOLÓGICOS  
DEL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO**



FUNDACION PARA LAS INVESTIGACIONES JURIDICAS

R O S A R I O

1 9 7 9

Investigación desarrollada en el curso del proyecto "Aspectos  
filosóficos del Derecho Internacional Privado".

©

Primera edición.

Edición de la Fundación para las Investigaciones Jurídicas.

Hecho el depósito de ley.

Derechos reservados.

## I N D I C E

INTRODUCCION (1 y 2) .....	5
LA PROBLEMÁTICA JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL (3 a 29) .....	8
I) El objeto del Derecho Internacional Privado (3 a 16) .....	8
a) Dimensión sociológica (4 y 5) .....	11
a) Dimensión normológica (6 y 7) .....	15
c) Dimensión dialéctica (8 a 15) .....	18
d) Visión de conjunto (16) .....	30
II) Las fuentes del Derecho Internacional Privado (17 y 18) .....	33
III) El ámbito espacial pasivo de las "reglas de conflictos" (19 y 20) .....	37
IV) El ámbito temporal pasivo de las "reglas de conflictos" (21) .....	39
V) El problema de las calificaciones (22) .....	41
VI) La cuestión previa (23) .....	42
VII) El fraude a la ley (24) .....	43
VIII) Los puntos de conexión (25 y 26) .....	45
IX) Lo conectado (27 y 28) .....	48
X) El orden público (29) .....	51
EL HORIZONTE FILOSOFICO JURIDICO (30) .....	53
CONCLUSION (31) .....	54
Indice de autores .....	57

## INTRODUCCION

1. El Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo es motivo de grandes tensiones ideológicas para cuya solución conviene esclarecer los valores que se hallan en juego. El objeto del Derecho Internacional Privado y los problemas de sus fuentes, del ámbito, de las calificaciones, de la cuestión previa, del fraude a la ley, de los puntos de conexión, de lo conectado y del orden público son temas en los que el enfoque axiológico no ha recibido aún toda la consideración que merece<sup>1</sup>.

1. Existen, sin embargo, importantes aportes filosóficos; por ej.: BATIFFOL, Henri, **Aspects philosophiques du droit international privé**, París, Dalloz, 1956; GOLDSCHMIDT, Werner, **Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado**, 2ª ed., Bs. As., EJE, 1952/54. También v. AGUILAR NAVARRO, Mariano, Madrid, G.E.H.A., t. I, 1955, esp. págs. 17 y ss.; PARDO, Alberto Juan, **Derecho Internacional Privado - Parte General**, Bs. As., Abaco, 1976, págs. 13 y ss.

Con miras a la filosofía del Derecho Internacional Privado puede verse también CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Métodos constitutivos del Derecho Internacional Privado**, Rosario, Fundación para el Estudio del Derecho Internacional Privado (hoy Fundación para las Investigaciones Jurídicas), 1978.

2. Los valores inherentes a la dimensión sociológica del Derecho son el **poder** por los repartos autoritarios, surgidos de la imposición; la **cooperación** por los repartos autónomos originados en el acuerdo; la **previsibilidad** por el plan de gobierno en marcha; la **solidaridad** por la ejemplaridad surgida del modelo y seguimiento y generadora del Derecho espontáneo y el **orden** por el conjunto del régimen. Los valores propios de la dimensión normológica son: la **fidelidad** de las normas y del ordenamiento normativo, que se realiza en la medida que se capta con acierto el contenido de la voluntad de los autores de las normas o de la comunidad que protagoniza el ordenamiento; la **exactitud**, que se satisface cuando los contenidos de las normas y del ordenamiento se cumplen; la **adecuación**, que existe cuando los conceptos y las materializaciones se ajustan a los fines perseguidos; la **subordinación** por las relaciones verticales de producción; la **ilación** por las vinculaciones verticales de contenido; la **infallibilidad** por las relaciones horizontales de producción; la **concordancia** por las vinculaciones horizontales de contenido y la **armonía** que se realiza en la totalidad del ordenamiento normativo.

La dimensión dikelógica corresponde al valor **justicia**, que es el único valor absoluto del Derecho. La realización de la justicia puede estar referida a los **particulares**, sea con carácter **distributivo** o **correctivo**, o a la comunidad, denominándose entonces

justicia **legal**; puede tener carácter **"a priori"** o **"a posteriori"** y puede ser fraccionada o desfraccionada, según se descarten o se tengan en cuenta las influencias del futuro, del presente o del pasado. Las valoraciones pueden ser independientes o subordinadas y éstas, a su vez, simplemente condicionadas o alteradas.

Los repartos pueden ser justos en atención a diversos aspectos, entre los que se destacan quienes deben ser repartidores y cuál ha de ser el objeto del reparto. En el primer aspecto los repartidores **autónomos**, surgidos del acuerdo, son valiosos porque respetan las esferas de libertad de los protagonistas y los repartidores **antiautónomos**, basados en la fuerza, cuestan la injusticia de invadir las libertades de los protagonistas. Entre ambas figuras se hallan los repartidores **paraautónomos**, surgidos de la unanimidad pero que adoptan sus decisiones prescindiendo del acuerdo (árbitros); los **infraautónomos**, basados en una mayoría y los **epiautónomos**, generados en acuerdos entre conjuntos constituidos autoritariamente. Por último, superando en jerarquía a todos los anteriores, hay repartidores **aristocráticos**, basados en una superioridad científico técnica. Los objetos que en justicia merecen ser repartidos se denominan **repartideros**.

Los repartos pueden atender principalmente a la **unidad** o a la **igualdad** de todos los hombres y responder a un clima de **autoridad** o a un ambiente

de **tolerancia**, que es más justo porque permite alcanzar verdades no sólo de fe sino también de razón. El logro de la justicia puede atender a la protección del individuo contra los demás individuos, en general o contra el régimen; contra sí mismo o respecto a lo demás <sup>2</sup>.

En última instancia todo problema jurídico se identifica como una cuestión de justicia, es decir por el **espíritu especial** que debe animar su solución. Puede hablarse así de una definitiva estructura axiológica del Derecho <sup>3</sup>.

## LA PROBLEMÁTICA JUSPRIVATISTA INTERNACIONAL

### 1) El objeto del Derecho Internacional Privado.

3. El Derecho Internacional Privado debe optar entre las concepciones que lo identifican mediante las "reglas de conflictos de leyes" y las que le asignan enfoques más amplios que abarcan tam-

2. Acerca de la teoría pluralista del mundo jurídico v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, **Introducción filosófica al Derecho**, 5ª ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, **Derecho y Política**, Bs. As., Depalma, 1976.

3. Puede verse sobre la estructura del mundo jurídico: CIURO CALDANI, Miguel Angel, **El Derecho Internacional Privado, rama del mundo jurídico**, Rosario, 1965.

bién el régimen de la nacionalidad, el Derecho de extranjería, el Derecho Privado Uniforme y las "leyes de aplicación inmediata" <sup>4</sup> Las "**reglas de conflictos de leyes**", sobre cuya correspondencia al Derecho Internacional Privado hay consenso general, se refieren en verdad a "conflictos de Derechos", que abarcan además de las relaciones entre, las leyes las sentencias que se dictarían en virtud de las mismas, la jurisdicción y el reconocimiento y la ejecución de las sentencias efectivamente dictadas en otros países. La **nacionalidad** es un régimen cambiante de país a país al que nos referiremos según un modelo que puede tener variaciones concretas re-

4. Sobre el objeto del Derecho Internacional Privado v. por ej. GOLDSCHMIDT, **Sistema**, cit., t. I, págs. 147 y ss.; **Derecho Internacional Privado**, 3ª ed., Bs. As., Depalma, 1977, págs. 67/68; VITTA, Edoardo, **Diritto Internazionale Privato**, Turín, Unione Tipografica - Editrice Torinese, t. I, 1972, esp. págs. 164 y ss.

Acerca de las "soluciones materiales gubernamentales" v. SIMON-DEPITRE, Marthe, **Les règles matérielles dans le conflit de lois**, en "Revue critique de droit international privé", t. LXIII, págs. 591 y ss.; asimismo LOUSSOUARN, Yvon y BREDIN, Jean-Denis, **Droit du commerce international**, París, Sirey, 1969, esp. págs. 25/26 y 48 y ss.

Respecto a las "leyes de aplicación inmediata" v. por ej.: FRANCESCAKIS, Ph., **La théorie du renvoi**, París, Sirey, 1958, esp. págs. 11 y ss.; **Quelques précisions sur les "Lois d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois**, en "Revue", cit., t. LV, págs. 1 y ss.; **Lois d'application immédiate et droit du travail**, en "Revue", cit., t. LXIII, págs. 273 y ss.; SPERDUTI, Giuseppe, **Les lois d'application nécessaire**

lativamente significativas, pero no decisivas <sup>4 bis</sup>. El **Derecho de extranjería** y el **Derecho Privado Uniforme** tienen en común el ser "soluciones materiales gubernamentales" —expresión ésta con la que los designaremos en algunas oportunidades— y difieren de las "soluciones materiales" surgidas "a posteriori" de las "reglas de conflictos", sea de las que emplea el método sintético judicial para componer los resultados del análisis efectuado mediante distintas "reglas" o de las que se utilizan para resolver las carencias dikelógicas del Derecho Positivo

en tant qu'*lois d'ordre public*, en "Revue", cit., t. LXVI, págs. 257 y ss. Distintas obras que utilizan el concepto: ANCEL, Bertrand, *Les conflits de qualifications a l'épreuve de la donation entre époux*, París, Dalloz, 1977; FADLALLAH, Ibrahim, *La famille légitime en droit international privé*, París, Dalloz, 1977; FORGET, Louis, *Les conflits de lois en matière d'accidents de la circulation routière*, París, Dalloz, 1973; GLENN, H. Patrick, *La capacité de la personne en droit international privé français et anglais*, París, Dalloz, 1975; LEQUETTE, Yves, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, París, Dalloz, 1976; TOUBIANA, Annie, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, París, Dalloz, 1972. V. el concepto de "leyes de policía y de seguridad" por ej. en HUET, André, *Les conflits de lois en matière de preuve*, París, Dalloz, 1965.

También pueden verse estos temas en: BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Bs. As., Depalma, 1978, esp. págs. 147 y ss.

4. bis. Nos referimos a la nacionalidad adjudicada, no a la nacionalidad en sentido amplio, que es cuestión fundamental para diferenciar lo extranjero.

constituido con tales "reglas". Los caracteres del Derecho Privado Uniforme son, en realidad, comunes a los casos en que sin haber uniformidad hay acuerdo en los contenidos y encuentran su más radical expresión en el Derecho Privado Unificado en el que se coincide en las fuentes (por ej. cuando se llega a la uniformidad mediante un convenio).

Las "**leyes de aplicación inmediata**" abarcan dos tipos de soluciones: las "leyes de policía y de seguridad" —como ser las reglamentaciones cambiarias y las interdicciones a la exportación de ciertos bienes— que constituyen su parte más frecuentemente citada, y las disposiciones de orden público "a priori" —como por ejemplo las leyes que interfieren en las cláusulas excluyentes de responsabilidad imponiendo reglas de responsabilidad ineludibles. Aunque tienen una caracterización diferente del Derecho de extranjería, basada en la inmediatez de su aplicación, estas "leyes" se elaboran con un trámite semejante al de ese Derecho.

En el horizonte no estatal de las respuestas aludidas es necesario determinar el lugar de la "**autonomía universal**", en que las partes elaboran el Derecho anteponiéndolo a la juridicidad de cualquier país del mundo.

## a) Dimensión sociológica.

4. Los casos y las soluciones del área en que

se desenvuelve el Derecho Internacional Privado pueden ser **internacionales, cuasiinternacionales, pre-internacionales y universales**. Los casos y las soluciones internacionales se desenvuelven en una pluralidad de Estados independientes respetuosos de la independencia de los demás que mantienen entre sí relaciones suficientemente estrechas como para producir una multitud de repartos exigente de una reglamentación jurídica; la cuasiinternacionalidad supone que sin abandonar su especial manera de ser los Estados independientes se hallan en un proceso de integración que reduce sus diferencias; la preinternacionalidad (o nacionalidad en sentido ambiental) se refiere a la constitución o la afirmación de los Estados y la universalidad consiste en un nivel más profundo, común a todos los países (cosmopolita).

Aunque las "reglas de conflictos", el régimen de nacionalidad, las "soluciones materiales gubernamentales" y las "leyes de aplicación inmediata" son relativamente afines a los conjuntos y no a los fenómenos jurídicos aislados, las primeras realizan en mayor medida la autonomía de los elementos significativos a través de la aplicación de los Derechos con los que se vinculan, satisfaciendo el valor **cooperación**, en tanto que la nacionalidad es una combinación entre autonomía y autoridad con predominio de ésta y del valor **poder** y las "soluciones materiales gubernamentales" —sobre todo

las del Derecho de extranjería— y las "leyes de aplicación inmediata" permiten que las autoridades locales realicen más el valor **poder**.

Las "soluciones materiales gubernamentales" del Derecho Uniforme satisfacen en cierto grado la **cooperación** entre los países, pero su realización del **poder** por las autoridades locales, que participan en la elaboración de las respuestas y no las toman de los países conectados con los casos, es mayor que en las "reglas de conflictos". La condición de las "leyes de aplicación inmediata" no se agota en el referido aumento del **poder**, pues las soluciones de orden público "a priori" deben ser entendidas principalmente como ausencia de **cooperación**. Por su parte la "autonomía universal" corresponde más a los fenómenos jurídicos aislados y como fenómeno de autonomía le es inherente el valor **cooperación**.

5. Las "reglas de conflictos de leyes" son afines a la realización de la ejemplaridad a nivel internacional, haciendo que unos repartidores sigan los repartos de otros y satisfaciendo el valor **solidaridad**. La planificación local se limita en su caso a consagrar ese seguimiento internacional. La base de la nacionalidad es una fuerte expresión de ejemplaridad: puede decirse que una nacionalidad es un sistema especial de **solidaridad** consagrado a veces en una planificación gubernamental, realizadora, como tal, del valor **previsibilidad**. La nacio-

nalidad como **solidaridad** vital objetiva encuentra su más notoria expresión en el domicilio. Las "soluciones materiales gubernamentales", sobre todo las de extranjería, y las "leyes de aplicación inmediata" realizan las planificaciones nacionales de manera relativamente amplia, aunque sea porque los criterios de reparto son nacionales, y satisfacen por tanto la **previsibilidad**. El Derecho Privado Uniforme es también afín a la **solidaridad** entre los países; condición ésta que se torna más cercana a la **previsibilidad** cuando se trata del Derecho unificado. Entre las "leyes de aplicación inmediata", las de policía y seguridad son más afines a la **previsibilidad**, en tanto que las de orden público "a priori" deben ser entendidas como carencias de **solidaridad**. Por la libertad que asigna a los protagonistas la "autonomía universal" es relativamente afín a la ejemplaridad y a la **solidaridad**.

Las "reglas de conflictos" tienden a mantener el **orden** internacional con relativo sacrificio del orden nacional "fori"; el régimen de la nacionalidad, el Derecho de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público poseen, de manera más velada o abierta, carácter preinternacional, dando prioritaria y sólida constitución al orden nacional "fori" aun en detrimento del orden internacional o cuasiinternacional; el Derecho Privado Uniforme se orienta a la constitución de un nuevo orden cuasiinternacional y por último las "leyes de

aplicación inmediata" de orden público "a priori" significan un orden universal que se instaura con criterios de un orden nacional y si se desborda puede deteriorar al orden internacional. Aunque la ordenación nacional es la más inmediata y evidente la ordenación internacional es la más amplia y la vitalmente más honda.

El grado mínimo de realización del valor **orden** corresponde a la "autonomía universal" que, si bien puede desembocar en regímenes internacionales, hasta el momento se limita a meras ordenaciones de intereses parciales (simples rapsodias ordinativas).

#### b) Dimensión normológica.

6. Las normas de las "reglas de conflictos" ven dificultada su **fidelidad** a los contenidos de la voluntad de sus autores por la parquedad con que se desarrolla el sistema respectivo y sufren obstáculos en su **exactitud** por el desconocimiento y el chauvinismo que deben enfrentar cuando se trata de imitar el Derecho extranjero; en cambio su aceptación de las normatividades hechas en el ámbito jurídico propio de cada caso les permite ser indirectamente más **adecuadas**. Las normas de nacionalidad, de las "soluciones materiales gubernamentales" —sobre todo las del Derecho de extranjería— y las normas de las "leyes de aplicación inmediata"



son, en cambio, más fácilmente **fieles** y **exactas** pero, en cuanto las dos últimas clases se refieren a elementos extranjeros, tienden a ser menos **adecuadas**. Las normas del Derecho Privado Uniforme pueden generar dificultades especiales en cuanto a **fidelidad**, ya que su interpretación puede ser diferente de país a país. Por su parte las normas de la "autonomía universal" tienen ventajas en cuanto sus protagonistas les pueden dar más fácilmente **fidelidad** y **adecuación** y están en condiciones de calcular con más claridad los impedimentos que se oponen a su **exactitud**, pero deben superar los obstáculos a su cumplimiento surgidos de su frecuente rechazo por las organizaciones estatales.

7. Uno de los problemas más interesantes en el funcionamiento de las normas de las "reglas de conflictos" consiste en saber si el Derecho declarado aplicable se nacionaliza, en caso de ser extranjero, o si mantiene este último carácter. De ello depende que las relaciones entre las normas de "reglas de conflictos" y las del Derecho aplicable sean verticales u horizontales. Nosotros entendemos que el Derecho aplicable conserva su condición de extranjero —es más, constituye un hecho extranjero— y por tanto la especificidad ordinaria de las "reglas de conflictos" es el establecimiento de relaciones horizontales, principalmente de contenidos, realizadoras del valor **concordancia**. En cambio, la nacionalidad, las "soluciones materiales gubernamen-

tales" y las "leyes de aplicación inmediata" pueden realizar en mayor grado tanto relaciones verticales de producción y de contenido, cuyos valores inherentes son la **subordinación** y la **ilación**, como relaciones horizontales, también de ambas clases, cuyos valores son la **infalibilidad** y la **concordancia**. El Derecho Uniforme se caracteriza además, sin embargo, por las relaciones horizontales entre los países, principalmente de contenido, realizadoras del valor **concordancia**. Las "leyes de aplicación inmediata" de orden público "a priori" pueden ser entendidas como respuestas internacionalmente discordantes.

Las "reglas de conflicto" realizan un ordenamiento normativo internacional poco sólido, que satisface el valor **armonía** en grado de limitada significación; esa armonía es mayor en los ordenamientos cuasi-internacionales del Derecho Privado Uniforme y más sólida aún en las soluciones de carácter preinternacional de la nacionalidad, del Derecho de extranjería y de las "leyes de aplicación inmediata". Las "leyes de aplicación inmediata" de orden público "a priori" pueden ser entendidas como expresiones de desarmonía del ordenamiento normativo internacional y la "autonomía universal" produce normas relativamente desvinculadas de los ordenamientos estatales que, en principio, se desentienden de los valores inherentes a los mismos, aunque por coincidencias a veces no buscadas o por invocación

gubernamental pueden llegar a realizarlos en algún grado.

### c) Dimensión dikelógica.

8. Quizás la opción principal que debe hacer el Derecho Internacional Privado, como cualquier rama del mundo jurídico, consiste en elegir la realización del **orden**, de la **armonía** o de la **justicia**. Por razones de filosofía jurídica general que escapan a este estudio creemos que todo fenómeno de Derecho debe inspirarse en la justicia. El **orden** y la **armonía** son sólo medios para satisfacerla.

Aunque se ha discutido si las "reglas de conflictos de leyes" dirimen competencias entre soberanías o se refieren a particulares, entendemos que el acierto acompaña a esta última posición, lo que las coloca en la esfera de la justicia debida a los **particulares** características del Derecho Privado y las aleja relativamente de la justicia **legal** que identifica al Derecho Público. Dentro de las clases de justicia debidas a los particulares las "reglas de conflictos de leyes" satisfacen, por una parte, a la justicia **distributiva** porque tratan de manera igual a los elementos vinculados a un mismo país, sea cual fuere el lugar donde se los juzgue y de manera desigual a los elementos relacionados con países diferentes y, por otra, a la justicia **correctiva** porque adjudican a cada elemento lo que intrínsecamente le corresponde. En cambio las "reglas de conflictos"

significan —como adelantamos— un oscurecimiento relativo de la justicia **legal**, sobre todo de la justicia debida a la comunidad nacional, con miras a la cual es dado hablar por contraste de cierto enriquecimiento de la realización de la justicia **legal** debida a la comunidad internacional.

La nacionalidad está principalmente orientada por la justicia **legal** y pertenece en consecuencia al Derecho Público. En el Derecho de extranjería el sector público está identificado, como su nombre lo indica, por la justicia **legal** y también el sector "privatista", que pretende tener sentido de justicia debida a los **particulares** es, en realidad, la imposición de los criterios nacionales sobre los extranjeros que sólo puede hallar asidero en la justicia **legal** y pertenece filosóficamente al Derecho Público. El Derecho Privado Uniforme es afín a la justicia referida a los **particulares**, núcleo del Derecho Privado, pero sólo en marcos cuasiinternacionales, porque el análisis de los rasgos de particularidad de la internacionalidad requiere "reglas de conflictos". Las "leyes de aplicación inmediata" de policía y de seguridad se orientan a la justicia **legal** debida a la comunidad nacional, perteneciendo por ello al Derecho Público y las de orden público "a priori" se inspiran en el sentido universal de la justicia debida a los **particulares** y corresponden por tanto al Derecho Privado.

Las "soluciones materiales gubernamentales" y

las "leyes de aplicación inmediata" se aproximan en cierto grado al estilo de valoración intrínseca propio de la justicia **correctiva**. Esta afinidad es real en el Derecho de extranjería y en las "leyes de aplicación inmediata" que tienen carácter público en relación a los casos preinternacionales; en el Derecho Privado Uniforme respecto a los casos cuasiinternacionales y en las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado en relación a los casos universales. En cambio, en principio no es correcto hablar de justicia **correctiva** en el marco jusprivatista cuando el estudio de los casos no se desarrolla a través de "reglas de conflictos" o de Derecho Privado Uniforme como lo pretende el Derecho "Privado" de extranjería.

Aunque la "autonomía universal" puede realizar tanto la justicia debida a los particulares como la justicia **legal**, es especialmente afín a la primera, sobre todo en su variante **correctiva**, porque es fundado suponer que los propios interesados han de adjudicar sobre todo lo que intrínsecamente corresponde a cada caso.

9. Podría creerse que las "reglas de conflictos" por su carácter relativamente abstracto constituyen criterios de justicia de carácter "apriorista", sin embargo no es así porque son un procedimiento indispensable para el estudio de las particularidades de los casos internacionales, un supuesto ineludible en toda solución "**a posteriori**". Para comprender la

extranjería, que es una calidad de alto contenido cultural constituida por el estilo de vida jurídico extranjero, en Derecho Privado es imprescindible partir de la consideración del Derecho conectado con cada aspecto de los casos. En cambio, sí sería "apriorismo" el aplicar "reglas de conflictos" aun a casos que deben ser cuasiinternacionales o preinternacionales y el aferrarse en definitiva a las soluciones que dan dichas "reglas de conflictos" sin confrontarlas con la justicia para averiguar si en última instancia son justas o deben ser modificadas.

La nacionalidad, el Derecho Público de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público aplicados a casos preinternacionales y el Derecho Privado Uniforme referido a casos cuasiinternacionales pueden realizar justicia "**a posteriori**". En cambio, en la medida que el Derecho de extranjería, el Derecho Uniforme y las "leyes de aplicación inmediata" se aplican a casos internacionales y en cuanto el Derecho de extranjería y las referidas "leyes" se refieren a casos cuasiinternacionales tienen carácter "**apriorista**" porque no agotan el estudio de las particularidades de los casos o lisa y llanamente lo marginan. Estos alcances internacionales o cuasiinternacionales son fundados sólo excepcionalmente cuando se emplean criterios generales orientadores justos, que en el Derecho Privado de extranjería y en el Derecho Privado Uniforme de proyección internacional deben ser abreviaciones del

proceso valorativo completo que se cumpliría mediante las "reglas de conflictos". Se debe tratar de un "a priori" empirista generalizador, no de origen racionalista. Quizás un ejemplo de estos criterios generales que abrevian las valoraciones de las "reglas de conflictos" sea que los testamentos hechos por actos solemnes deben ser formalmente válidos en todos los países.

Por su parte las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado han de basarse también sobre criterios generales que en sus respectivos casos deben ser reducciones del proceso completo de búsqueda del nivel universal que se cumpliría con el recurso al orden público "a posteriori".

10. Las "reglas de conflictos" encuentran su fundamento axiológico formal en que respecto a situaciones distintas se obtienen valoraciones diferentes, o sea que las valoraciones tienen referencia local y valor universal. Lo propio puede decirse en su marco de cuasiinternacionalidad, del Derecho Privado Uniforme, aunque en él la referencia se hace respecto a un campo homogéneo. La nacionalidad, el Derecho de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público respecto a casos preinternacionales se basan sobre la existencia de valoraciones especiales para casos particulares. Las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado respecto a casos universales se apo-

yan sobre la existencia de valoraciones de contenidos y alcances universales.

En cambio, cuando el régimen de nacionalidad, el Derecho de extranjería, el Derecho Privado Uniforme y las "leyes de aplicación inmediata" son aplicados a casos internacionales y cuando la nacionalidad, el Derecho de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" son referidos a casos cuasiinternacionales resultan afines a la creencia generalmente equivocada de que una solución es valiosa en situaciones diferentes.

La "autonomía universal" tiene especial apoyo en que con referencia a una misma situación es posible obtener soluciones valiosas distintas, que corresponden al ámbito donde son posibles los valores fabricados. Si no es justo que las autoridades estatales tengan el monopolio de la declaración de lo que corresponde en justicia cuando se trata de soluciones valiosas únicas, mucho menos lo es que tengan ese privilegio para fabricar las distintas maneras posibles de realizar la justicia.

11. Las "reglas de conflictos" desfraccionan las particularidades internacionales y fraccionan la inserción en el marco nacional "fori". La nacionalidad, el Derecho de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público desfraccionan los rasgos preinternacionales; el Derecho Privado Uniforme se abre a los despliegues cuasiinternacionales

y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado desfraccionan los rasgos universales.

La "autonomía universal" significa un desfraccionamiento de las particularidades de los casos y un fraccionamiento de los arraigos preinternacionales, cuasiinternacionales e internacionales jurídico estatales.

12. Las "reglas de conflictos" engendran repartos autónomos a nivel de países —no de la composición de los mismos—, o sea **epiautónomos**, que tienen a su favor de manera relativa el respeto a las esferas de libertad de los protagonistas que es propio de los repartos autónomos. Es más: el especial conocimiento que es posible a los repartidores vinculados a los casos permite atribuir a los repartos de las "reglas de conflictos" cierto carácter **aristocrático**. La nacionalidad y el Derecho de extranjería se valen principalmente de repartos **autoritarios**, que cuestan la injusticia de invadir las esferas de libertad de los interesados adjudicándoles potencias e impotencias no queridas y que en los casos internacionales privatistas no son queridas siquiera por su arraigo nacional. Ambos —la nacionalidad y el Derecho de extranjería— pueden alcanzar carácter **infraautónomo** al hilo de la estructura democrática del país que los emite, pero en el Derecho de extranjería que pretende carácter privado quedan siempre interesados que no son suficientemente "escuchados". El Derecho Privado de

extranjería nunca puede alcanzar carácter **aristocrático**, pues las comunidades internacionales o cuasiinternacionales a las que necesariamente se refiere son indiferenciadas, de modo que ningún Estado se halla legitimado para desatender el estilo de vida de los demás.

El Derecho Privado Uniforme tiene en el marco cuasiinternacional carácter **epiautónomo**, pero en el ámbito internacional se hace simplemente **antiautónomo**. También, dentro del marco de cada país, puede alcanzar condición **infraautónoma**. Las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público producen repartos **autoritarios** que pueden mejorar su condición cuando alcanzan calidad de **infraautónomos** y las de carácter privado pretenden condición **aristocrática** invocando la superioridad universalista de sus contenidos con respecto a las soluciones del Derecho extranjero. La **aristocracia** que respecto a los elementos extranjeros es inalcanzable por vía directa, porque todos los Estados son equivalentes, puede ser realidad en las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado, porque en el nivel universal, donde todos los hombres somos iguales, la equivalencia de los distintos estilos de vida no existe.

La "autonomía universal" se vale de repartos **autónomos** que tienen preferencia dikiológica sobre los autoritarios porque respetan las esferas de libertad de los protagonistas. Su especial riesgo con-

siste en que no todos los interesados reales tengan participación.

13. Las "reglas de conflictos de leyes" brindan objetos **repartideros** en los casos internacionales, porque respetan la particular y casi incomprensible manera de ser de la extranjería sometiendo las cuestiones al mismo tratamiento que recibirían en los países donde tienen su asiento. Es más: el respeto al elemento extranjero conduce al aprovechamiento de la conciencia valorativa y del punto de referencia que dicho elemento significa para el enriquecimiento de la estructura y de la conciencia axiológicas propias de los elementos nacionales. Cada ser es un "complejizador" y un revelador de los valores y cada hombre es una posibilidad de conciencia de los mismos. Permitir a los elementos extranjeros ser como realmente son, es facilitar que esos valores y esa conciencia lleguen a su total realización.

El régimen de la nacionalidad, el Derecho Público de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público son justos en los casos preinternacionales, vinculados a la juridicidad constitutiva de un país. Por su apoyo en la justicia respecto a los particulares el Derecho Privado nunca cabe dentro de los casos preinternacionales, de modo que el objeto del Derecho Privado de extranjería es siempre en este aspecto injusto.

El Derecho Privado Uniforme es repartidero en los

casos cuasiinternacionales, relacionados con países particularmente afines —por ejemplo vinculados en un proceso de integración— y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado poseen objetos justos cuando tienen nivel universal. La "autonomía universal", que se desentiende del arraigo de los casos, pretende evidenciar su carácter repartidero a través de la presunción de valor que surge del acuerdo de los interesados. Además el desarrollo del propio ser de los mismos sirve para enriquecer el marco axiológico de los países con que se relacionan. Sin embargo, en la autonomía universal se corre el riesgo de que no todos los interesados tengan participación y sean tenidos debidamente en cuenta: de que se ignore que el hombre es un ser social.

No descartamos la posibilidad de que por vía de "soluciones materiales gubernamentales" o de "autonomía universal" se alcancen repartos relativamente semejantes a los que producen las "reglas de conflictos de leyes", pero la semejanza no puede ser total, porque el aplicar un Derecho como propio, el imitarlo como extraño y el desarrollarlo autónómicamente ya significan potencias e impotencias distintas. Por esta razón consideramos que la diferenciación entre unas y otras respuestas no hace sólo a la **forma** sino también al **objeto** de los repartos.

14. Uno de los problemas más significativos del área en que se halla el Derecho Internacional

Privado es determinar cuál es el **régimen** respecto del que ha de realizarse la justicia. Fines internacionales, preinternacionales o universales pueden abarcar ámbitos de cualquiera de estos alcances, pero creemos que sean cuales fueran los fines, el propósito ha de ser realizar la mayor justicia posible, o sea teniendo en cuenta la realidad en la mayor medida abarcable. Así, por ejemplo: si bien no es posible que un país pretenda hacer justicia de fines internacionales abarcando todos los casos de la comunidad internacional, no es justo normalmente que busque referirse a lo internacional limitado a su propio ámbito preinternacional.

Cuando las "reglas de conflictos", el régimen de nacionalidad, el Derecho de extranjería, el Derecho Privado Uniforme, las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público y la "autonomía universal" se mantienen en los respectivos ámbitos que les corresponden son vías de respeto a la **unidad**. En cambio, las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado atienden a la **igualdad** y las soluciones desbordadas —entre las que se encuentran casi siempre el Derecho Privado de extranjería— son vías de indebida particularización o igualación.

Las "reglas de conflictos" suponen un clima de **tolerancia** en que, sin desconfiar de la verdad —abroquelada en profundidad en el orden público—, se permite el juego de todas las opiniones y en cambio el régimen de nacionalidad, el Derecho de

extranjería, el Derecho Privado Uniforme y las "leyes de aplicación inmediata" suponen, en distintos grados, un clima de **autoridad**. El ejercicio de la "autonomía universal" requiere también un marco de **tolerancia**, aunque su fácil abuso cae en el liberalismo filosófico que desconfía de que la verdad exista o de que se pueda conocer.

15. Las "reglas de conflictos" significan la división internacional del poder y la protección del individuo contra el régimen, que es inherente a toda división del poder. El régimen de nacionalidad, el Derecho de extranjería, el Derecho Privado Uniforme y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público pueden ser medios preinternacionales o cuasiinternacionales de protección del individuo contra el desorden internacional, pero aplicados a casos internacionales constituyen privilegios excesivos de los significados nacionales respecto a los extranjeros. A su vez, de cierto modo el Derecho Privado Uniforme supone también una relativa división del poder entre los distintos países del marco cuasiinternacional que como tal división protege a los individuos contra el régimen. Las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado amparan al individuo respecto a los regímenes extranjeros injustos.

La "autonomía universal" supone la liberación de sus protagonistas respecto a cualquier régimen estatal, pero el abuso puede ponerlos a merced unos de otros.

#### d) Visión de conjunto.

16. Con miras a la composición del Derecho Internacional Privado es dado detectar una marcada afinidad axiológica entre las "reglas de conflictos de leyes", el Derecho Privado Uniforme y la "autonomía universal" respecto a los valores cooperación y solidaridad, al orden y la armonía realizados débilmente, a la justicia debida a los particulares, al enfoque "a posteriori", al desfraccionamiento de los rasgos internacionales, cuasiinternacionales o propios de los casos, al respeto a la autonomía de los protagonistas y a la extranjería, al amparo de la unicidad, a la tolerancia y a la protección contra los regímenes. El núcleo de este grupo de respuestas está formado por las "reglas de conflictos de leyes", cuyo espíritu específico es el **respeto a los elementos extranjeros**, y en su zona marginal figuran, con características **relativamente equivalentes**, el Derecho Privado Uniforme respecto a los casos cuasiinternacionales y la "autonomía universal". No es por azar que el Derecho Privado Uniforme deja siempre subyacente una problemática general afín a la de las "reglas de conflictos": el Derecho Privado Uniforme es un campo de Derecho Privado Internacional común al Derecho Internacional Privado y al Derecho Privado Interno. Además, por deber ser en última instancia anticipos del orden público "a posteriori", se agregan como complementarias —no como competidoras— en el nivel

universal las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado (o sea el orden público "a priori").

Se trata, en suma, de un conjunto **jusprivatista** cuyo complejo axiológico es distinto del que caracteriza al régimen de la nacionalidad, al Derecho de extranjería y a las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público, signados en diversos grados por el poder, la previsibilidad, el orden y la armonía; la vocación de justicia legal, el desfraccionamiento del carácter nacional y el fraccionamiento de los contactos exteriores; los repartos autoritarios e infraautónomo, el clima de autoridad y la protección del individuo contra el desorden de la comunidad internacional. A diferencia de este conjunto, que es legítimamente **juspublicista** cuando está referido a los casos que deben ser preinternacionales, el llamado Derecho Privado de extranjería pretende generalmente realizar ese plexo valorativo publicista en indebido detrimento del espíritu de las "reglas de conflictos" y de las soluciones afines. En Derecho Privado el trámite valorativo de la extranjería sólo es legítimo cuando se trata del orden público "a priori" (o sea de las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado) y de las excepciones en que se abrevian las valoraciones de las "reglas de conflictos".

No somos partidarios de un "cielo de conceptos", pero creemos que respuestas de significados tan dispares como las de los ámbitos privatista y pu-



blicista que acabamos de señalar no deben figurar en una misma disciplina científica porque generan el **riesgo de confundir los valores respectivos**. Incluso entendemos que no es adecuado que se abarque en el mismo concepto de "leyes de aplicación inmediata" a soluciones de carácter publicista (de policía y de seguridad) y de condición privatista (de orden público "a priori").

Así como las reglas relativas al matrimonio que tienden a la constitución del Estado desde el punto de vista de la justicia legal pertenecen al Derecho Constitucional y las que lo enfocan desde el punto de vista de la justicia respecto a los particulares corresponden al Derecho Civil; así como las reglas sobre el trabajo pertenecen al Derecho Civil o al Derecho Laboral según el espíritu que las anima, las soluciones relativas a los casos con elementos extranjeros corresponden, en atención a su espíritu, al Derecho Internacional Privado, al Derecho Privado Internacional —que constituye un horizonte de aquél— o al Derecho Público. La distinción entre Derecho Privado y Derecho Público —acerca de la cual los sostenedores de las "leyes de aplicación inmediata" suelen afirmar que no es universal y que no resiste la "progresiva imbricación" de los dos sectores en Derecho Interno<sup>5</sup>— es una diferenciación

5. V. por ej. FRANCESKAKIS, *Quelques précisions*..., cit., pág. 15; FADLALLAH, op. cit., pág. 119; también TOUBIANA, op. cit., págs. 176 y ss.

fundamental de dos estilos de descubrimiento de la justicia y una barrera contra el avance del autoritarismo. Las difíciles relaciones entre ambos tienen todos los obstáculos de la limitada capacidad humana que se vale de dos vías de penetración para el descubrimiento del mismo valor sin llegar nunca al punto de coincidencia de la justicia perfecta.

Todos los problemas del Derecho Internacional Privado están signados por la tensión mayor o menor entre las soluciones internacionalistas, cuasiinternacionalistas, universalistas, autonomistas y preinternacionalistas pero responden en última instancia al deber de respetar a los elementos extranjeros.

## II) Las fuentes del Derecho Internacional Privado.

17. Al hilo del problema de las fuentes se resuelve de manera especial la cuestión de quiénes han de producirlas, o sea de **quiénes han de repartir**. Entre las principales fuentes formales estatales del Derecho Internacional Privado, es decir las leyes, los convenios internacionales y las sentencias, las que en principio realizan valores más afines al plexo privatista de las "reglas de conflictos" son los convenios. Unas y otras son afines a la **cooperación**, a la **solidaridad**, al debilitamiento del **orden** interno y al afianzamiento del **orden** internacional; a las relaciones horizontales entre las normas de los dis-

tintos ordenamientos satisfactorias principalmente de la **concordancia**; al debilitamiento de la **armonía** interna y a la realización de la **armonía** internacional; al desfraccionamiento de los contactos extranjeros, a los repartos **epiautónomos**, al clima de **tolerancia** y a la protección del individuo contra los regímenes. Sin embargo, las leyes y las sentencias nacionales también tienen afinidades específicas con las "reglas de conflictos": con miras a la comunidad internacional especial surgida del convenio la ley y la sentencia del ámbito nacional significan justicia referida a los **particulares** y en relación al convenio —como también a la ley— la sentencia posee carácter de justicia "**a posteriori**". Quizás en esta característica de las sentencias se base la preferencia que suele darse a dichas fuentes formales ignorando a veces la función de respeto a los rasgos generales que tienen las leyes y los convenios.

Cuando las leyes y las sentencias emplean "reglas de conflictos" sus contenidos axiológicos se distancian de los que les corresponden como tales y se acercan al plexo valorativo de los convenios. Es más: los valores inherentes a las "reglas de conflictos" se realizan con mayor pureza cuando éstas son formuladas en leyes y sentencias. Los convenios, aun cuando contienen "reglas de conflictos", constituyen una comunidad internacional especial en la que los elementos extranjeros quedan de cierto modo "nacionalizados" en un nuevo marco. En el ámbito

de los convenios las características de las "reglas de conflictos —principalmente la justicia referida a los **particulares**, la afinidad con la justicia "**a posteriori**", el desfraccionamiento de los rasgos específicos de los casos, el respeto a la **unicidad**, la **tolerancia** y la protección de los individuos contra los regímenes— tienen menos profundidad. Lo que en los convenios internacionales se gana en seguridad se logra —como ocurre siempre con la seguridad— a costa del fraccionamiento de la **justicia**, no sólo por las concesiones que suelen hacerse en la elaboración de los tratados sino por la pérdida de elasticidad en las soluciones. Dicho en otros términos: aunque en principio hay mayor afinidad entre la actuación de las partes de los convenios y las "reglas de conflictos" en última instancia éstas pueden realizarse más ampliamente a través de los repartos de los legisladores y de los jueces nacionales. Los convenios son, en cierto modo, fuentes "cuasiinternacionales" y las leyes y las sentencias pueden ser más radicalmente internacionales.

Por su parte los contratos y los laudos guardan, en grados decrecientes, afinidad axiológica con el plexo privatista de la "autonomía universal".

La admisión de las "soluciones materiales gubernamentales" "**a posteriori**" al hilo del llamado método sintético judicial y de las respuestas a las carencias dikelógicas genera la necesidad de de-

terminar si es posible que tales soluciones sean establecidas a nivel de leyes y de convenios o si deben ser reservadas a las sentencias. Como regla general el carácter "a posteriori" sólo puede lograrse en las sentencias, o sea cuando se ha podido hacer el estudio de la solución concreta —casi infinitamente variable— que tiene el caso en el país con el que se vincula. Conforme a lo indicado en el punto 9 sólo excepcionalmente es posible descubrir criterios generales de valor que es dado receptar en las leyes y en los convenios.

18. En el campo de las fuentes materiales puede decirse que los convenios significan "cuasiplanificaciones" internacionales que los aproximan al plexo juspublicista. En cambio, las leyes y las sentencias que emplean "reglas de conflictos" constituyen "cuasiconvenios" internacionales que cuentan a su favor con las afinidades axiológicas jusprivatistas entre los convenios y las referidas "reglas", sin padecer sus diferencias.

Por lo demás, hay considerable afinidad axiológica entre las "reglas de conflictos" y el Derecho espontáneo nacido de la ejemplaridad. Dejando a salvo que las "reglas de conflictos" se dirigen a la cuestión de quiénes han de repartir y no de cómo han de hacerlo, puede decirse que dichas "reglas" constituyen un caso especial de ejemplaridad realizador de la **solidaridad** y de todos los demás despliegues axiológicos propios de la misma (v.

punto 5). Unas y otra son afines a la **cooperación** y a la realización de un **orden** débil; a las relaciones horizontales entre las normas, principalmente de contenido, satisfactorias de la **concordancia** —aunque las "reglas de conflictos" se acercan relativamente más a la producción—; a una **armonía** comparativamente poco sólida; a la justicia debida a los **particulares** y a cierto grado de protección del individuo contra el régimen. Unas y otra son relativamente afines al Derecho Privado. Sus diferencias principales estriban en que el Derecho espontáneo se produce con más habitualidad en comunidades nacionales, donde el **orden**, la **armonía** y la justicia **legal** son más posibles, en tanto que las "reglas de conflictos" se sitúan en la comunidad internacional donde estas posibilidades son menores.

### III) El ámbito espacial pasivo de las "reglas de conflictos".

19. El problema de dónde deben haber ocurrido los casos para que sea aplicable un Derecho, llamado del ámbito espacial pasivo significa, desde el punto de vista de la justicia formal, la cuestión del desfraccionamiento o el fraccionamiento de las influencias espaciales, sean dentro del mismo reparto o desde otros distintos y desde el enfoque de la justicia material el problema de la relación justa de **quiénes deben repartir y qué deben repartir** en-

carado desde el punto de vista espacial, o sea de la legitimidad pasiva de los repartidores en el espacio.

Los casos que un repartidor debe tener en cuenta son los que ocurren axiológicamente en el ámbito justo de su regulación: en las "reglas de conflictos" se trata de los casos cuyo "asiento" está en dicho marco. Tener en cuenta casos de más o de menos significa el desfraccionamiento o el fraccionamiento indebido de los despliegues o de los repartos así incluidos o excluidos y la ilegitimidad de los repartidores, sea por indebida **apropiación** o por indebida **marginación**. Así, por ejemplo, dando por sentado que los Tratados de Montevideo deben regir las relaciones entre los países ratificantes y que el asiento justo de los contratos es el lugar de su cumplimiento, como ellos lo sostienen, dichos convenios deben aplicarse sólo a los contratos que han de cumplirse en ese marco. Si se aplicaran los tratados a contratos que deben cumplirse en otros países habría una apropiación indebida y si algunos contratos que han de cumplirse en ellos quedarán afuera se trataría de una marginación injusta.

La apropiación o la marginación indebidas significan que las fuentes, que naturalmente son afines a la justicia legal respecto a la comunidad que las emite, prevalecen sobre la justicia referida a los particulares exigida por los casos. Se trata del triunfo de soluciones de preinternacionalidad, cuasi-

internacionalidad, universalidad o autonomía sobre la internacionalidad afín a las "reglas de conflictos".

20. El carácter "abierto" a las soluciones extrañas propio de las "reglas de conflictos" brinda a los repartidores un amplio marco de "legitimidad de ejercicio" que da vasta proyección refleja a su "legitimidad de origen", justificando que ante un contacto procesal relevante —que se establece con relativa facilidad— un país se refiera a casos ocurridos en cualquier otro lugar del mundo. Sin embargo, quizás en una comunidad internacional con sectores marcadamente diferenciados como es la actual, la técnica de la diversidad de "reglas de conflictos" para los diferentes sectores adquiera cada vez mayor fundamentación. Las diferencias sectoriales pueden lograrse, por ejemplo, mediante convenios o leyes especiales dirigidos al respeto a tradiciones comunes o a las necesidades especiales de ciertos grupos de países.

#### IV) El ámbito temporal pasivo de las "reglas de conflictos".

21. El problema de cuándo deben haber ocurrido los casos para que sea aplicable un Derecho, llamado del ámbito temporal pasivo, significa desde el punto de vista de la justicia formal la cuestión del desfraccionamiento o el fraccionamiento de las

influencias temporales, sean del mismo reparto o de otros distintos, y desde el enfoque de la justicia material el problema de la relación justa de **quiénes deben repartir y qué deben repartir** encarado desde el punto de vista temporal, o sea de la legitimidad pasiva de los repartidores en el tiempo. Las respuestas de retroactividad, de aplicación inmediata y de supervivencia del Derecho anterior, que pueden darse a este problema, forman una gradación desde el desfraccionamiento al fraccionamiento de las influencias en el tiempo y una ordenación desde el monopolio relativo de la legitimidad hasta la "colegitimidad".

La solución del problema temporal pasivo del Derecho Internacional Privado mediante la analogía con el Derecho Público y con el Derecho Privado "fori" es afín a la preinternacionalidad y a la justicia legal; el empleo de un Derecho transitorio autárquico es afín a la cuasiinternacionalidad y también —en grado menor— a la justicia legal y las respuestas de analogía con el Derecho Privado "causae" son las que más respetan la internacionalidad y la justicia referida a los particulares. Aunque el carácter relativamente abstracto de las soluciones de las "reglas de conflictos" permite que se sostengan respuestas retroactivistas "a priori", como son en general las de la analogía con el Derecho Público, la solución justa es la que acentúa en mayor grado el contenido axio-

lógico de las "reglas de conflictos" permitiendo con amplitud que el pasado, el presente y el futuro, que son en definitiva construcciones culturales, sean determinados por el mismo Derecho que debe regir el caso, es decir que la respuesta justa se obtiene del Derecho transitorio "causae".

## V) El problema de las calificaciones.

22. Desde el punto de vista de la justicia el problema de las calificaciones significa, en última instancia, el momento definitivo de la **racionalización** de los repartos de las "reglas de conflictos" para que puedan ser valorados. Las calificaciones analógicas con la "lex civilis fori" significan un avance de la preinternacionalidad y de la justicia legal; las calificaciones autárquicas empiristas constituyen un progreso de la cuasiinternacionalidad y también de la justicia legal y las calificaciones analógicas con la "lex civilis causae" significan un avance de la internacionalidad y de la justicia debida a los particulares.

Como la conceptualización que se alcance al calificar influye en gran medida en la valoración la calificación más justa es la que respeta en mayor medida el arraigo del caso, es decir la solución de la "lex civilis causae". Las teorías de las calificaciones autárquicas y las de la analogía con la "lex civilis fori" ignoran, en diferentes grados, que la

vida es un complejo que puede ser interpretado de diferentes maneras y que en principio el derecho a interpretarlo corresponde a sus más directos protagonistas.

## VI) La cuestión previa.

23. El problema de la cuestión previa se refiere al **valor relativo** de las situaciones jurídicas. La equivalencia de la cuestión previa condicionante y de la cuestión condicionada que es principal en el proceso supone el imperio de la internacionalidad y de la justicia referida a los particulares; la jerarquización con primacía del Derecho Interno aplicable a esa cuestión principal importa preinternacionalidad y relativa justicia legal y la jerarquización con primacía del Derecho Internacional Privado del Derecho aplicable a dicha cuestión principal es relativamente afín a la cuasiinternacionalidad y al imperio de la justicia legal.

Cuando se parte de la jerarquización en cualquiera de sus variantes la atención a la internacionalidad se torna imposible, porque la cuestión principal desvía definitivamente el análisis de la cuestión previa. La solución justa, que corresponde a los fundamentos de las "reglas de conflictos", es la equivalencia. Sin embargo, como en todos los casos de

empleo de "reglas de conflictos" y del método analítico es posible que surjan desajustes e injusticias a remediar por el método sintético judicial y por el recurso liso y llano a la justicia, de modo que en definitiva se imponga la jerarquización de los contenidos.

## VII) El fraude a la ley.

24. Desde el punto de vista de la justicia formal el fraude a la ley consiste en el intento de fraccionar el aspecto del caso tenido en cuenta en la expresión de la ley para desencadenar la consecuencia insuflándole vida propia, independiente de las motivaciones normales que deben acompañarlo. Por estar desconectado de esas motivaciones el medio elegido para el fraude se convierte en el intento de introducir un **valor fabricado falso** en lugar de la circunstancia que la ley considera valiosa.

La permisón del fraude —que siempre hace dudar de que éste sea realmente tal— toma contacto, aunque no coincide, con la autonomía de las partes y, de cierto modo, también con la cuasiinternacionalidad en la que los distintos Derechos se equivalen. Las consecuencias de esta permisón son parecidas con las de la autonomía, pero en la permisón del fraude se fracciona el arraigo subjetivo del caso

y en la autonomía se lo aprueba. Se trata de todos modos, en ambos casos, de la justicia referida a los particulares. La prohibición limitada al fraude al Derecho propio es afín a la preinternacionalidad y a la justicia legal y, en cambio, la prohibición incluyente del fraude al Derecho extranjero supone internacionalidad y un compromiso de justicia legal y de justicia referida a los particulares. Esta prohibición amplia es la respuesta más afín al espíritu de las "reglas de conflictos".

Permitir el fraude al Derecho extranjero es, en principio, ignorar sus alcances axiológicos, porque la sustitución de los valores verdaderos por valores falsos debe ser siempre repudiada, sea cual fuere el marco donde los valores verdaderos encuentren su consagración. Sin embargo, la admisión de este fraude es excepcionalmente justa cuando la solución pretendida en el Derecho Positivo es desvaliosa, lo que sólo es acertado decidir luego de haber tenido en cuenta el desvalor de la ruptura de la solidaridad internacional que dicha permisión significa. Comúnmente la permisión del fraude al Derecho extranjero se basa sobre la confusión que considera a la juridicidad extranjera como mera expresión del poder del Estado que la emite, con lo que el Estado propio no tendría por qué solidarizarse, pero es obvio que detrás de todo ejercicio del poder hay una solución de justicia.

## VIII) Los puntos de conexión <sup>6</sup>.

25. Los puntos de conexión mediante los cuales las "reglas de conflictos" indican el Derecho aplicable deben referirse a los **asientos axiológicos** de los casos. El asiento de un caso puede estar determinado según elementos sociológicos (el domicilio, la situación de la cosa, etc.), normológicos (la nacionalidad, la autonomía de las partes, etc.) o dikelógicos (el carácter más favorable a la capacidad, a la validez formal de un contrato, etc.). Los puntos de conexión sociológicos atienden en primera instancia a la inserción de un elemento en un orden; los puntos de conexión normológicos se basan sobre un elemento incorporado a la armonía de las normas y los de carácter dikelógico se inspiran directamente, en el arraigo del caso en el país que le da la solución más justa; aunque todos, en definitiva, responden a valoraciones de justicia. En los puntos de conexión sociológicos y normológicos la dimensión dialógica está determinada por la internacionalidad democrática, que "reparte competencias" entre países considerados en pie de igualdad, en tanto que en los puntos de conexión dikelógicos la dimensión de justicia surge con miras a una internacionalidad aristocrática, jerarquizada por

6. Lo que decimos de los "puntos de conexión" —el método de referencia más "internacional"— es en algunos aspectos aplicable a las "conexiones" nominativas.

los contenidos de las soluciones que se brindan. En estos casos la internacionalidad llega al borde de la universalidad.

Aunque por pertenecer a "reglas de conflictos" todos los puntos de conexión están encaminados a la justicia desde el punto de vista de los particulares, es posible aprovechar la clasificación ya tradicional de puntos de conexión "personales", "reales" y "conductistas" para detectar que algunos se refieren más estrechamente a la justicia referida a los **particulares** —los personales y conductistas— y otros se dirigen en mayor grado a la justicia **legal** —los reales—. De aquí el carácter cuasipublicista que suelen tener las reglamentaciones surgidas a través de puntos de conexión del tipo "real". A su vez, entre los puntos de conexión personales y conductistas es posible hacer distinciones según el mayor o menor grado de justicia particularista o legalista. Así, por ejemplo, la autonomía de las partes, la celebración y la ejecución forman una gradación que va desde lo más directamente referido a la justicia respecto a los particulares a lo relativamente más encaminado a la justicia encarada desde el punto de vista de la comunidad.

Cuando son posibles los repartos autónomos —o sea la "autonomía de las partes"— porque el número y la condición de los interesados lo permiten, estos repartidores son superiores a los repartidores

estatales que determinan los puntos de conexión más autoritariamente, salvo que los repartidores estatales alcancen carácter aristocrático. En cuanto a los objetos de los repartos, en general los puntos de conexión personales son justos para los problemas concernientes a personas aisladas o a comunidades unidas por vínculos muy estrechos; los puntos de conexión reales son valiosos en los casos que se relacionan con comunidades numerosas —especialmente para derechos "erga omnes"— y los puntos de conexión conductistas resultan justos para casos que relacionan a las personas de manera relativamente superficial. Sin embargo, hay importantes excepciones: así, por ejemplo, cuando el legislador reconoce que no está en condiciones de "ganar la partida", como ocurre en la celebración del matrimonio, suele establecer puntos de conexión conductistas que se someten a la voluntad de las partes para evitar padecimientos a terceros, que en el caso del vínculo conyugal son principalmente los hijos. Una terminología difundida permite hablar de puntos de conexión injustos por destrozo, cuando se rompe la unidad de un caso, o por secuestro, cuando se aprovecha una circunstancia irrelevante para desviar el contacto debido.

26. La determinación temporal de los puntos de conexión —problema denominado del "cambio de estatutos"— requiere averiguar cuándo ocurren



axiológicamente los casos. Para hacerlo es necesario optar entre su petrificación, que fracciona las influencias del futuro y se abre al despliegue de los antecedentes y la actualización que desfracciona las influencias del futuro pero se cierra al despliegue de los antecedentes.

Hay casos que tienen un "momento crítico" específico, como por ejemplo la adquisición de la mayoría de edad o la sucesión, en los que el problema tiene solución relativamente fácil respetando ese momento y, en cambio, otros, de carácter continuo, requieren en aras de la internacionalidad que en principio el fraccionamiento se decida a favor de la actualización. La petrificación de los casos es en general relativamente afín a la preinternacionalidad, pero hay situaciones en las que el peligro del fraude la hace necesaria. Además hay veces en que la consideración del momento crítico o la actualización ceden su jerarquía con miras a razones superiores de universalidad y así, por ejemplo, se establece la adquisición de la capacidad sobre la base de un domicilio que un menor no podía constituirse por sí mismo.

### IX) Lo conectado.

27. El Derecho conectado contiene valoraciones subordinadas a las valoraciones del Derecho que lo invoca. Por esto se ha llegado a decir que el

Derecho conectado es "bidimensional" o incluso "unidimensional", o sea que contendría sólo las dimensiones sociológica y normológica o únicamente la primera y carecería de un despliegue de justicia. Al hilo de las valoraciones de las "reglas de conflictos" se produce el **cambio relativo de las valoraciones del Derecho conectado** y así, lo que en el país de origen pudo ser poder, previsibilidad y orden nacional, subordinación, ilación, infalibilidad, concordancia y armonía del propio ordenamiento y antiautonomía, injusticia del objeto, igualación y autoridad se puede convertir en la invocación de las "reglas de conflictos" en cooperación, solidaridad y orden internacional; concordancia y armonía en el ordenamiento internacional y epiautonomía, objeto repartidero, unicidad y tolerancia. La única afinidad que siempre por el momento debe existir de antemano es la común atención a la justicia debida a los particulares, o sea el carácter jusprivatista de las soluciones conflictuales y de las respuestas conectadas.

28. La misma dificultad para comprender a los elementos extranjeros que fundamenta las "reglas de conflictos" está presente cuando se intenta producir auténtico Derecho extranjero. Cuando las "reglas de conflictos" remiten a un Derecho extranjero hay que entender que disponen la imitación del equivalente axiológico de la sentencia que con el

máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar referido (teoría del uso jurídico).

Lo recién expuesto significa que los problemas del alcance territorial o temporal de las distintas jurisdicciones que pueden estar vigentes simultánea o sucesivamente en el país respectivo y la cuestión de las posibles remisiones a otros Derechos (que darían origen al problema del reenvío) han de resolverse según se solucionarían en el lugar más o menos determinado que indica el punto de conexión. Aunque la cuestión es muy discutible, decimos "lugar" y no "país" porque si por cualquier circunstancia un punto de conexión "punteiforme" (v. gr. el domicilio) remitiera a una región y en el país de referencia rigiera un Derecho interregional que enviara a otra región, el respeto a las particularidades de los elementos "extranjeros" —que no es reparto de competencia entre países— conduciría a la imitación del Derecho regional conectado, sea que éste enviara el caso al Derecho interregional o lo conservara como propio. Siempre dentro del campo de lo opinable entendemos que basta con que el pronunciamiento hipotético provenga de cualquier estructura estable y eficaz, aunque no se trate de una organización judicial estatal.

La individualización del Derecho extranjero conforme a la teoría del uso jurídico significa un marco de internacionalidad y de justicia referida a los particulares; en cambio resolverla con criterios suple-

torios "fori" supone un retroceso a la preinternacionalidad y a la justicia legal y solucionar con criterios formales del Derecho extranjero es relativamente afín a la cuasiinternacionalidad y también a la justicia legal. Sólo la teoría del uso jurídico desarrolla el espíritu de las "reglas de conflictos".

## **X) El orden público.**

29. La intervención del orden público, "a priori" o "a posteriori" de las "reglas de conflictos", supone siempre la crisis de la internacionalidad en aras de un nivel más profundo de universalidad. Se establece una incompatibilidad entre las valoraciones fundamentales del espíritu del Derecho "fori", que se remontan a la condición humana en sí misma, y las valoraciones del Derecho que resultaría aplicable. De resultados de esta incompatibilidad reina en el orden público un plexo valorativo distinto del que caracteriza a las "reglas de conflictos": el poder, la previsibilidad y el orden nacional, la fidelidad y la exactitud, la subordinación, la ilación, la infalibilidad, la concordancia y la armonía del ordenamiento nacional y la pretensión de aristocracia, la igualación, el clima de autoridad y la protección del individuo contra su propio régimen. No obstante en sus dos clases el orden público es afín a las "reglas de conflictos" porque siempre se inspira en la justicia referida a los particulares y pertenece

al Derecho Privado. Se trata de un fenómeno relativamente autoritario respecto a las "reglas de conflictos", pero en última instancia no les es contradictorio porque corresponde a su crisis ante un nivel diferente.

Entre las dos variantes del orden público, la de carácter "a priori" realiza el plexo autoritario en grado mayor y la "a posteriori" es más afín al espíritu de las "reglas de conflictos". El orden público "a posteriori" es relativamente más respetuoso de la internacionalidad y el de carácter "a priori" se acerca más a la preinternacionalidad. El orden público "a posteriori" tiene más posibilidades de adecuación porque cuenta con el aporte conceptual del Derecho descartado. En el orden público "a priori" la relación de subordinación que coloca a las valoraciones conflictuales sobre las conectadas no llega a producirse y en cambio en el orden público "a posteriori" esa relación estalla porque las valoraciones subordinadas del Derecho conectado rompen los límites de la internacionalidad para internarse en la jerarquía de lo universal. El orden público "a priori" se vale de criterios generales orientadores cuyo acierto debe ser verificado constantemente con las valoraciones completas y en cambio el orden público "a posteriori" desarrolla la valoración de los casos con elementos extranjeros en su integridad. El rechazo del Derecho aplicable en virtud del orden público "a posteriori" no impide

que se mantenga en el mayor grado posible el plexo valorativo de las "reglas de conflictos" reemplazando el Derecho inadmisibles por el más semejante que sea compatible con los criterios básicos de valor del Derecho "fori" y, en cambio, el orden público "a priori" se aparta del plexo de las "reglas de conflictos" sin siquiera recurrir a ellas.

Ninguna de las clases de orden público supone necesariamente que la solución rechazada sea también desvaliosa en su lugar de origen: se trata de lo universalmente justo en la situación suscitada en el país "fori".

## EL HORIZONTE FILOSOFICO JURIDICO

30. Desde el punto de vista cósmico la consideración de las particularidades de los elementos extranjeros que efectúa el Derecho Internacional Privado significa el aprovechamiento de esas particularidades para desarrollar y conocer las complejidades del Universo. Como hemos adelantado, cada ser constituye un punto de referencia específico desde el cual se revelan detalles de la complejidad del Universo que de otro modo quedarían ocultos<sup>7</sup>. Al permitir que los elementos extranjeros sean como

7. Puede hablarse de una **relatividad objetiva** (v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, **El valor de los demás**, en "La Capital", 25-II-1979).

realmente son el Derecho Internacional Privado facilita su juego como componentes del proceso de complejización de la Creación.

Ningún hombre y ningún pueblo pueden ser "presa" al mismo tiempo de todos los valores<sup>8</sup>, pero el contacto entre las diferentes "tablas de valores" permite que la "tabla de valores" total, surgida del valor supremo e inalcanzable que es la divinidad, se vaya mostrando con más claridad.

## CONCLUSION

31. Las "reglas de conflictos de leyes" forman un núcleo internacionalista de Derecho Privado —o sea identificado por la justicia referida a los particulares— signado por el respeto a los elementos extranjeros. En torno a él se ubican, por razones de afinidad, las respuestas universales de las "leyes de aplicación inmediata" de carácter privado (o sea de orden público "a priori"); las soluciones cuasi-internacionales del Derecho Privado Uniforme y las respuestas extraestatales de la "autonomía universal".

A diferencia de ese conjunto, que constituye el ámbito del Derecho Internacional Privado, el régi-

8. HARTMANN, Nicolai, **Ontología - I**, trad. José Gaos, 2ª ed., México - Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pág. 357.

men de la nacionalidad, el Derecho Público de extranjería y las "leyes de aplicación inmediata" de carácter público forman un conjunto preinternacionalista y juspublicista —es decir identificado por la justicia legal— ajeno al referido espíritu de las "reglas de conflictos"<sup>9</sup>.

El Derecho Privado de extranjería es una solución generalmente injusta, que no respeta como es debido la particularidades de los elementos extranjeros.

32. El plexo valorativo privatista que caracteriza a las "reglas de conflictos" orienta en la solución de los problemas generales de la disciplina:

a) Las fuentes que en última instancia son más afines con el espíritu de la materia son las leyes y las sentencias que emplean dichas "reglas de conflictos";

b) Las "reglas de conflictos" deben abarcar los casos cuyo asiento axiológico está en el marco que les corresponde regir;

c) El problema transitorio del Derecho Internacional Privado, que se refiere a la legitimidad para construir el tiempo abarcado por el mismo, debe

9. V. no obstante VALLADÃO, Haroldo, **Direito Internacional Privado**, 4ª ed., Río de Janeiro, Freitas Bastos, t. I, 1974, págs. 49 y ss.

resolverse por analogía con la "lex transitus legis civilis causae";

e) La cuestión previa, que se refiere al valor relativo de las respuestas, debe solucionarse conforme a la teoría de la equivalencia;

f) El fraude a la ley, que debe consistir en el intento de introducir valores fabricados falsos, ha de ser prohibido cuando se refiere al Derecho propio y también cuando afecta al Derecho extranjero;

g) Los puntos de conexión deben remitirse a los asientos axiológicos de los casos. Algunos son más afines a la justicia referida a los particulares (los personales y los conductistas) y otros están más próximos a la justicia legal (los reales). En general el "cambio de estatutos" debe resolverse sobre la base de la actualización;

h) Las valoraciones del Derecho conectado pueden cambiar en aras del plexo de las "reglas de conflictos". El Derecho extranjero a imitar debe ser el equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar asiento del caso;

i) El orden público "a priori" debe surgir de la abreviación del orden público "a posteriori" que realiza más ampliamente el espíritu de las "reglas de conflictos". Ambos han de inspirarse en la justicia referida a los particulares a nivel universal y en consecuencia pertenecen al Derecho Privado.

#### INDICE DE AUTORES \*

Aguilar Navarro: 1.	Hartmann: 30.
Ancel: 3.	Huet: 3.
Batiffol: 1.	Lequette: 3.
Boggiano: 3.	Loussouarn: 3.
Bredin: 3.	Pardo: 1.
Ciuro Caldani: 1, 2, 30.	Simon-Depitre: 3.
Fadlallah: 3, 16.	Sperduti: 3.
Forget: 3.	Toubiana: 3, 16.
Francescakis: 3, 16.	Valladão: 31.
Glenn: 3.	Vitta: 3.
Goldschmidt: 1, 2, 3.	

\* Los números se refieren a párrafos.

Este libro se terminó de imprimir el día 1º de Junio de 1979,  
en la Escuela de Artes Gráficas del  
Colegio Salesiano San José, Pte. Roca 150, 2000 Rosario,  
República Argentina.