

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El Derecho Internacional Privado es una disciplina que tiene poca historia, o para ser más precisos, una historia breve. Se puede encontrar un remoto antecedente en el **Ius Gentium** de los romanos, que tiene cierta, aunque mínima similitud, con lo que hoy conocemos como DIPr. Un antecedente importante es la **Glosa de Acursio**, del año 1200 aproximadamente, donde un Juez de Módena aplica el derecho boloñés, siendo el primer caso conocido en el cual un juez aplica un derecho que no es el propio. En 1850 podemos establecer como hito la aparición de **Savigny** introduciendo ya el Derecho Internacional Privado, a partir de su concepción del derecho.

Finalmente podemos citar como trascendente para esta materia la formulación en 1934 de la

Doctrina Trialista de Goldschmidt.

Esta materia, cuya denominación se ha discutido durante mucho tiempo, siempre está vinculada a lo internacional, a temas internacionales. Es privado porque cuanto no se trata de derecho público, está expresamente excluido el derecho penal y también el procesal. Algunos, no sin razón, han sostenido que sería más adecuado llamar a esta materia Derecho Privado Internacional.

El DIPr. debe distinguirse claramente de otros derechos como el de extranjería , el derecho comparado y el derecho unificado o supranacional. El DIPr es como una especie de árbitro, dirime conflictos de leyes. La aplicación de la norma internacional debe completarse siempre con la aplicación del derecho interno, ya que por sí sola, la norma internacional no resuelve el caso. La fuente del DIPr es siempre fuente interna, no lo son los tratados internacionales, aunque estos pueden contener normas de DIPr.

Concepto de Derecho Internación Privado.

El Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho Privado que tiende a la resolución de conflictos o situaciones con elementos extranjeros.

El Derecho Internacional Privado es el conjunto de casos jusprivatistas con elementos extranjeros y el de sus soluciones, descritos los casos y soluciones por normas inspiradas en los métodos indirecto, analítico, y sintético - judicial, y basadas las soluciones y sus descripciones en el respeto al elemento extranjero.

La ciencia del DIPR es el sistema de reglas generales que describen el logro de estas soluciones.

Dimensión sociológica.

El caso constituye siempre un conflicto, una controversia entre dos o más personas sobre el reparto de potencia o impotencia. Tal conflicto ha de ser jusprivatista, o sea, debe pertenecer al área de asuntos que en principio, en el grupo de países donde el conflicto se desarrolla, entra en la esfera de la autonomía de las partes.

La extranjería del caso se da si tiene elementos personales (los que actúan son extranjeros) reales (los que actúan enfocan el extranjero) o conductistas (los que actúan lo hacen en el extranjero) de extranjería.

Se desea saber en la Argentina, verbigracia, cuando llega a la mayoría de edad un suizo que está de paso en la Argentina, o como se transfiere la propiedad de un inmueble en Alemania, o qué requisitos debe cumplir un contrato que se celebra en Francia.

Soluciones de los casos jusprivatistas con elementos extranjeros.

En todos esos casos, es dudoso si el Derecho regulador de la relación jurídica debe ser el de uno o el de otro de los países con los que el caso tiene contactos. También hay que tener en cuenta que en el supuesto de una controversia no se puede prever a qué tribunales las partes se dirigirán, por el mismo hecho del múltiple contacto.

Una doctrina enfoca sólo éste último punto de vista y mantiene el ideal de la llamada "armonía legal", cuya preocupación está en conseguir que ante los tribunales de cualquier país siempre se aplique, en el mismo caso, el mismo Derecho; por ejemplo, en el caso del suizo el Derecho Suizo, tanto ante los tribunales helvéticos, como ante los argentinos. Pero tal ideal, en primer lugar sería difícil de alcanzar, porque cada país es dueño de determinar qué Derecho desea que sus tribunales apliquen; y en segundo lugar, porque, aunque se recurra siempre ante el mismo Derecho, todavía no se está garantizando que se haga aplicar el Derecho que en justicia corresponde aplicar.

El verdadero ideal está en que se solucione el caso respetándose la extranjería de sus elementos. Tal respeto se tributa acudiendo al Derecho de aquel país donde se halla la sede del caso (Savigny), o sea, su centro de gravedad (Gierke).

Dimensión normológica.

La norma es la captación lógica y neutral de un reparto proyectado. Se compone de dos partes: en la primera la norma describe la situación social que reclama un reparto (tipo legal), mientras que en la segunda esboza la solución de ellos (consecuencia jurídica). Algunas veces la norma asocia un reparto a otro, por ejemplo, el castigo al delito, otras veces une el reparto a una distribución, a llegada de cierta edad una capacidad por ejemplo.

La norma puede ser general o individual. Todo caso se soluciona, finalmente, por una norma individual.

Para Kaller de Orchansky: "La Norma de Derecho Internacional privado, llamada por los alemanes norma de colisión, posee una estructura similar a las restantes normas jurídicas, y ciertas particularidades que la distinguen. Poseen un tipo legal y una consecuencia jurídica, y se distinguen de sus equivalentes de la norma material".

Boggiano nos dice que: "La norma de conflicto, como toda norma jurídica, presenta una estructura bimembre. El supuesto de hecho o tipo legal describe un aspecto de un caso jusprivatista multinacional, y la consecuencia jurídica dispone la reglamentación del tipo mediante la elección del derecho aplicable. Tal elección se halla indicada en el "punto de conexión" de la consecuencia jurídica.

El tipo legal.

El tipo legal de la norma iusprivatista internacional describe el caso iusprivatista con elementos extranjeros, mientras que su consecuencia jurídica pone de realce su solución.

El tipo legal de la norma de DIPr contiene una "situación jurídica" que requiere ser precisada: la capacidad, los efectos de un contrato, el derecho de sucesión; etcétera.

La diferenciación de la norma se produce con miras a la territorialidad o extraterritorialidad de sus consecuencias jurídicas.

La consecuencia jurídica.

La consecuencia jurídica no reglamenta directamente la situación respectiva, sino que remite a un ordenamiento que es el que habrá de regularla: a la ley del domicilio; a la ley del lugar de cumplimiento; a la ley del último domicilio del causante. Esta manera de actuar de la norma de DIPr le confiere el carácter de norma indirecta.

Es decir que se emplea un método diferente según que la solución adoptada sea la territorialista o la extraterritorialista.

En el primer caso la consecuencia jurídica resuelve inmediatamente el problema suscitado por el tipo legal (método directo), en el segundo, al contrario, la consecuencia jurídica, lejos de enfrentar el problema planteado en el tipo legal, se contenta con indicar el Derecho que lo debe resolver (método indirecto), método que según las circunstancias requiere a veces complementarse mediante métodos auxiliares.

-

El método directo.

Consiste en que la norma, en su consecuencia jurídica, resuelve el problema planteado en su tipo legal. Es el que emplean normalmente las normas de Derecho Privado y de Derecho Público.

Pero del método directo hacen igualmente uso las soluciones territorialistas, que se funden en el derecho privado general. Las normas del derecho de extranjería, como las del *ius gentium*, como, en fin, del derecho privado convencional unificador, son de aplicación inmediata.

-

El método indirecto y sus secuelas.

Una vez que se adopte una solución extraterritorialista, siempre están en tela de juicio ante un caso iusprivatista con elementos extranjeros, varios Derechos como posiblemente aplicables: la norma debe elegir cual de esos Derechos ha de ser aplicado, y esta elección es la que lleva a efecto el método indirecto. Extraterritorialidad del Derecho Privado extranjero y método indirecto son, por ende, anverso y reverso de la misma moneda.

El respeto al elemento extranjero requiere un método que nos indique el Derecho del cual hemos de desprender la solución de un caso con elementos extranjero. Éste método no resuelve, por consiguiente, el caso de modo directo, sino que le da una solución, indirectamente, a través del ordenamiento jurídico indicado. Por esta razón podemos afirmar que el legislador emplea un método indirecto.

El método indirecto es unívoco con miras a casos relativamente internacionales, mientras que resulta multívoco con respecto a casos absolutamente internacionales.

El método indirecto es de fácil manejo si todos los elementos extranjeros del caso, excepto el tribunal ante el cual pende, están vinculados a un solo país, si estamos en presencia de lo que se llama un caso relativamente internacional. En esta hipótesis, el Derecho aplicable es el de aquél país. La situación es más compleja si los diversos elementos extranjeros se relacionan con Estados diferentes. En este supuesto, el legislador no puede saber, sin acudir a un nuevo orden de ideas, a qué Derecho debe encomendar su solución.

El análisis de la controversia se lleva a cabo utilizando analógicamente las categorías analíticas del Derecho Civil, por esta razón, el método analítico en DIPr es un **método analítico - analógico**. Este busca la solución del caso, y es por consiguiente un método constitutivo. Como tal, se dirige, en primer término, al legislador, y solo derivadamente al juez.

Para Goldschmidt el método analítico produce a veces la desintegración del caso, entonces surge el problema de la adaptación. Esta debe realizar forzosamente el juez, a través del **método sintético judicial**, al crear una norma concreta de Derecho Privado. He aquí el único caso de que una norma material efectivamente forma parte del Derecho Internacional Privado.

Un claro ejemplo del efecto desintegrador del método analítico nos lo proporciona el caso "Grimaldi". La Cámara aplica a la adopción Derecho italiano que la autoriza. Pero luego se aplica a la vocación sucesoria de la hija adoptiva Derecho Argentino, que no la reconoce, por la sencilla razón de que el Derecho Sucesorio Argentino se basa en el Derecho de Familia, que en aquel entonces repudiaba la adopción. Si la Cámara se hubiese dado cuenta de la situación y hubiese manejado el método sintético - judicial, ella habría aplicado el Derecho sucesorio que la Argentina habría tenido si hubiese aceptado la adopción, teniendo en cuenta el derecho anterior al CCA, los proyectos de reforma, la ley 13.252 y el Derecho Comparado.

El método sintético - judicial busca una solución del caso; por ello es un método constitutivo, y como la solución que busca es material, se trata de un método constitutivo material.

Dimensión dikelógica.

Los casos pertenecen, según los diversos elementos que los componen, a un país o a otro, o a varios a la vez. Su tratamiento debe tener en consideración esta su pertenencia, tanto porque sus protagonistas muchas veces durante todo el desarrollo del caso la tienen en cuenta y lo adaptan al Derecho del País, como porque cada país posee un derecho a reglamentar los casos que a él se vinculan.

Es necesario distinguir entre los casos o elementos propios, y casos o elementos extranjeros, y con miras a estos últimos respetar el Derecho del país al que ellos pertenecen. La justicia exige, por ende, el respeto al carácter extranjero de un caso.

La justicia, cuya concreción persigue el DIP, se manifiesta en los casos internacionales:

- *Reconociéndolos como tales.*
- *Estructurando soluciones razonablemente adecuadas.*

Este reconocimiento del caso ius privatista internacional y de sus soluciones adecuadas se deriva de las normas indirectas bilaterales, y de las normas directas, materiales o sustanciales convencionales o comunitarias. (se discute si las de origen interno).

La justicia exige, por ende, el respeto al carácter extranjero de un caso.

El principio de justicia puede deducirse de los tres principios fundamentales de Ulpiano: no lesionar a nadie; dar a cada uno lo suyo; hay que vivir honestamente.

Jurisdicción Internacional. Relación con el derecho aplicable.

El concepto de acción ha producido y produce muchas polémicas con respecto a su significado.

La remota travesía de la justicia en manos propias a la justicia de los órganos de la comunidad es considerada por un amplio sector de la doctrina política como el nacimiento del Estado. A partir de allí el concepto de jurisdicción transita por un amplio espectro que contiene desde la faceta que se pregunta en nombre de quien se administra la jurisdicción (justicia) (del Estado, del pueblo, de la República, del monarca) hasta la inexistencia de una verdadera jurisdicción (justicia) fuera de un Estado de Derecho (jurisdicción - justicia independiente).

La jurisdicción, en síntesis, es una potestad cuyo ejercicio comprende tanto la tarea de juzgar (declarar el derecho) mediante la construcción y preparación de las vías que conduzcan a dirimir el litigio, como asimismo la actividad de hacer reconocer y ejecutar ius imperium lo decidido.

La jurisdicción es una potestad cuyo ejercicio integral corresponde al Estado siendo uno de los atributos de la soberanía. En el Estado de Derecho, el órgano jurisdiccional por antonomasia es el Poder Judicial. Esta potestad es inseparable del estado y requiere la existencia de un litigio concreto.

Dificultades del funcionamiento del Derecho Internacional Privado.

Fraude a la ley.

El fraude a la ley impide que el sistema funcione bien. El caso paradigmático en cuanto a este punto lo constituye MANDL, Fritz, (LL 1981 - C, pags. 61 y ss.), con un elemento extranjero (punto de conexión) fraudulento.

Orden Público Internacional.

El orden público, o derecho coactivo, en el derecho internacional privado, es distinto del orden público del derecho interno. Se puede definir como el conjunto de principios inalienables de una sociedad que no pueden ser modificados por el acuerdo de voluntades de los particulares. Cuando el derecho extranjero no se puede aplicar por ser violatorio del orden público, en principio se aplica el derecho interno.

Norma de Policía

Este tema fue desarrollado en extenso por el Dr. Boggiano, autor al cual debemos remitirnos. Se puede sintetizar en que se sostiene que a pesar de existir elementos de extranjería en un caso, la norma de policía es y se aplica el derecho interno.

Fuentes reales de las normas del Derecho Internacional Privado.

En primer lugar hay que distinguir entre las fuentes reales y las fuentes de conocimiento de las normas. Quien consulta las primeras adquiere un conocimiento directo de ellas; si se consultan las segundas se obtiene un conocimiento derivado.

Las fuentes indican repartos, por consiguiente, las fuentes reales de las normas se hallan en los mismos repartos. Lo que pasa es que muchas la descripción no esta hecha y deben

completarse en la misma oportunidad en que las necesitamos; se habla en este supuesto de normas materiales.

Las fuentes formales. Dimensión normológica.

Se habla de fuentes formales cuando la descripción de repartos es hecha por los propios repartidores, de manera preestablecida, y es por consiguiente, utilizable para quien busca la norma.

Tradicionalmente se indican como fuentes de constancia de las normas la ley y la costumbre. Prescindiendo de la insostenible restricción de las normas a normas generales de la doctrina clásica, la enumeración bipartita de la ley y el Derecho Consuetudinario que refleja las fuentes formales y materiales. No obstante, como al lado de las fuentes materiales del Derecho Interno, hay que tener en cuenta igualmente las del Derecho Internacional Público, las convenciones y la costumbre internacional. La búsqueda de la fuente es fundamental en la solución de cualquier caso.

Las Convenciones Internacionales.

En cuanto a los tratados urge destacar los convenios de Montevideo, cuyo antecedente histórico se halla en el de Lima de 1879, que elaboro convenciones basadas en el principio de la nacionalidad que nunca fueron ratificadas.

Entre 1888 y 1889 se elaboraron en la capital uruguaya ocho convenios y un protocolo adicional.

Los ocho convenios pueden agruparse en dos secciones de cuatro. La primera corresponde a los cuatro convenios fundamentales referentes al Derecho Civil, el Comercial, el Penal y el Procesal. La restante sección se ocupa de propiedades especiales y concernientes a la propiedad literaria y artística, patentes de invención, marcas de comercio y de fabrica y al ejercicio de profesiones liberales. Distintos países americanos se fueron adhiriendo, e incluso algunos países no americanos lo han hecho.

Los tratados de Montevideo unifican DIPr.; al contrario, no se ocupan de la unificación del Derecho Privado.

Son tratados comunes y no se trata de tratados universales. Nuestra adopción de los tratados de Montevideo no hace superflua la existencia de un DIPr. Interno.

Con motivo de su cincuentenario se hizo otro congreso entre 1939 y 1949. Se firmaron convenios homologatorios de los anteriores.

Multilaterales. Bilaterales.

La OEA interviene desde hace algunos años de manera decisiva en el progreso del DIPr.

Cabe citar las dos conferencias que tuvieron lugar en Panamá (1975) y Montevideo (1979) especializadas en DIPr. Se suscribieron seis convenios en la primera y ocho en la segunda.

En el ámbito del DIPr., en sentido estricto, la Argentina no esta vinculada por otros convenios, ni multilaterales, ni bilaterales. No obstante, en la órbita del DIProcesal encontramos tanto los primeros como los segundos.

Las normas jusprivatistas internacionales internas.

El DIPr. Argentino interno se halla principalmente en el CCA, redactado por Vélez Sarsfield, e inspirado en ideas del norteamericano Story, el alemán Savigny y el brasileño Freitas.

Luego hay que tener en cuenta un numero de leyes que contienen disposiciones del DIPr., sobre propiedad intelectual (11723), marcas y nombres comerciales (22362), patentes (111), decreto ley sobre cheques (4776/63), Código Aeronáutico, Ley de Sociedades, Ley de Concursos, Seguros, Navegación, etc.

Las fuentes materiales. Dimensión sociológica. Derecho Internacional Publico Consuetudinario.

Podría haber normas pertenecientes al DI Publico consuetudinario y reguladoras de problemas del DIPr. Pero de hecho es difícil que existan, puesto que su existencia no solo supone que una determinada norma sea admitida en casi todos los derechos civilizados, sino que, además, haría falta que su inadmisibilidad fuese considerada por la comunidad internacional como una infracción del DIP. Para probar el segundo requisito serian necesarias protestas en la práctica estatal, que no se han realizado. Se ha llegado a decir que las infracciones al DIP en materia de DIPr, no han producido el menor efecto. Tampoco es probable que en el futuro lo produzcan.

Derecho consuetudinario interno.

Tiene diversas formas de manifestarse. Sus principales modos son la práctica estatal y las opiniones solventes.

La práctica estatal tiene su manifestación más expresa en la jurisprudencia, donde ocupa un lugar preponderante la de la CSJN, pero como en la Argentina no existe el recurso de Casación sobre cuestiones civiles y comerciales, se hace difícil llegar con el único instrumento del recurso extraordinario. Por ello es más común la jurisprudencia de los tribunales inferiores. La práctica estatal comprende igualmente la actividad de autoridades administrativas, sobre todo las resoluciones de los directores de los registros del estado civil, las disposiciones de la Policía Federal al emitir pasaportes, etc.

La practica estatal abarca también los tratados ratificados por el país fuera del ámbito de su aplicación obligatoria. Así, se tendrán en consideración los Tratados de Montevideo aun en los supuestos en los que no resultan aplicables, si el DIPr. legislado contuviera alguna laguna.

Las opiniones solventes abarcan resoluciones de instituciones científicas (opiniones colectivas), y los pareceres expresados por los técnicos en la materia, que también son fuentes de conocimiento de la materia.

Tampoco se deben olvidar las enseñanzas del Derecho Comparado.

Dimensión dikelógica.

Tres problemas surgen con respecto a las fuentes. El primero consiste en investigar la justicia o la injusticia de considerar como fuente el convenio internacional, la ley, la costumbre, etc. Este problema debe plantearse en la Introducción al Derecho.

En segundo lugar, cabe cuestionar la justicia de cada una de las reglas de las cuales las fuentes se componen. Esta pregunta si que pertenece a cada disciplina particular; pero ella debe suscitarse en cada uno de los temas a los que la regla haga referencia.

El tercer problema del lógico es la pregunta por la justicia del contenido de cada una de las fuentes en general. Hay las opiniones son que los Tratados de Montevideo, por caso, merecen en general un aplauso entusiasmado. Y que el CCA es defectuoso en la reglamentación de los problemas del DIPr.

Fuentes de conocimiento de las normas de Derecho Internacional Privado.

Goldschmidt hace una extensa clasificación en general y por países que puede consultarse en las pags. 41 y ss. de su DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO - Derecho de la Tolerancia. Ed. Depalma.