

INTERACCIÓN ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO COMPARADO

Edgar RIFFLER

Reflexionar sobre la enseñanza del derecho es de una manera u otra una actividad obligada para quienes estamos en la gratificante tarea de compartir el aula de la educación jurídica, siendo siempre inquietante y con permanentes desafíos.

El punto de partida de tal afán sería comprender “qué derecho” y, a su vez, cuál es la concepción epistemológica del derecho a compartir con los alumnos; nótese que ya no decimos “enseñar”, porque, como dice Böhmer, el término “enseñanza del derecho”¹ tiene algo de rimbombante y de inabarcable. Nos propone responder para ello tres cuestiones esenciales: *i*) la concepción del derecho; *ii*) las formas de enseñarlo, y *iii*) los objetivos de la enseñanza. Son tres temas esenciales que nos ayudarán en el planteamiento de la pregunta principal de este trabajo: ¿es necesario abordar la enseñanza del derecho internacional privado en interacción con el derecho comparado?²

¹ Böhmer, Martin F. (comp.), *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 14.

² El título del presente trabajo es una forma condensada del temario de una mesa redonda en las XIV Jornadas de ASADIP, en el marco del Congreso General de la International Academy of Comparative Law, que fueron llevados a cabo en Asunción, Paraguay. Agradezco a los organizadores, a la profesora Paula María All, y a los profesores Diego Fernández Arroyo y José Antonio Moreno Rodríguez, por la distinguida invitación. El tema de la mesa fue “La necesidad de enseñar, aprender e investigar el derecho internacional privado sobre

La idea es abordar someramente el diálogo necesario entre ambas disciplinas, las cuales se articulan en forma integrada. Entrando lentamente en materia, si hablamos de la enseñanza del derecho internacional privado (DIPr), debemos establecer qué implica.

Decía Schmitt que todo jurista que adopta en su trabajo un concepto de “derecho” lo concibe: *i)* como regla; *ii)* como decisión, o *iii)* un orden determinado.³ Más allá de lo controvertido que pudiera ser el autor, de alguna manera, tal pensamiento es el reflejo del pasaje entre la época feudal y la codificación de los Estados nacionales, que derivó en el encapsulamiento del derecho, aunque desde luego con matices diferentes, como el derecho germánico y, tal vez de manera más flexible, el *common law*.

A pesar del largo camino del derecho, todavía nos acompaña un iuspositivismo que privilegia el texto como reflejo de la doctrina de unicidad de la regla de derecho y conceptos como la “plenitud hermética del ordenamiento jurídico”; el juez como boca de la ley, y el orden como reflejo de la política institucionalizada por el Estado. No tenemos dudas respecto a que se ha avanzado bastante, lo cual se ha propiciado a través de diversos mecanismos de armonización y uniformización del derecho, de la mano de los diferentes foros internacionales, como son los tratados internacionales, las leyes modelos que propiciaron cambios en la legislación interna, un nuevo vigor de la *lex mercatoria*, entre otros. No obstante, todos los esfuerzos pueden tener más o menos eficacia, dependiendo de la cultura jurídica en la que pretende tener efectos.

Centrando el enfoque sobre nuestra materia, si tomamos una concepción clásica respecto al objeto del DIPr, tendremos por lo

la base de un enfoque comparativo”. Me he permitido denominar “interacción” entre ambas disciplinas a las actividades de “enseñar, aprender e investigar”. Ofrezco un especial reconocimiento a la profesora Nuria González Martín, por ser la presidenta de la mesa y principal motivadora del presente trabajo.

³ Schmitt, Carl, *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 5.

menos cuatro asuntos básicos: *a)* determinación del derecho aplicable; *b)* determinación de la jurisdicción; *c)* ejecución de sentencias y otras resoluciones, y *d)* cooperación jurídica internacional, que exponemos sólo ilustrativamente.

Partiendo del tráfico jurídico externo, como podría ser la compraventa internacional de mercaderías, la determinación de la capacidad de hecho o capacidad para obrar de la persona física, el matrimonio de personas domiciliadas en países diferentes, un accidente de tráfico en un país diferente al del domicilio del conductor o registro del vehículo, entre las muchas situaciones jurídicas con elementos de extranjería o de internacionalidad que pueden darse, tomemos sólo la cuestión de la “determinación del derecho aplicable” y nos encontraremos en la necesidad de responder a algunas cuestiones fundamentales en el marco del ordenamiento jurídico y de la relación jurídica concreta, que son las siguientes: ¿cuál es la ley aplicable para dar solución al caso concreto?, ¿permite el ordenamiento jurídico la aplicación de un derecho no nacional?, ¿en el caso de los contratos, debe permitirse la autonomía conflictual, es decir, elegir el derecho aplicable?, ¿cuáles serían los límites respecto a la aplicación del derecho extranjero aplicable? Una vez sorteada la determinación del derecho aplicable, y resultando éste un derecho de otro Estado, es decir, derecho extranjero, ¿cómo debe aplicar el juez, o arbitro en su caso, el derecho extranjero?, ¿lo debe hacer de oficio o a instancia de parte?, ¿este derecho extranjero debe ser aplicado como lo haría si fuera derecho interno, o debe aplicarlo tal como lo haría un juez del Estado cuyo ordenamiento jurídico debe ser aplicado?

Tales cuestiones, y muchas más, han merecido la atención de juristas para contribuir doctrinariamente, así como importantes trabajos de los Estados y de los propios jueces, incluyendo árbitros en cuestiones de su competencia. Sin embargo, aún tenemos mucho que andar para desarrollar un sentido unitario de justicia o, por lo menos, principios de derecho que sean uniformes en el concierto de las naciones del mundo o al menos en la gran mayo-

ría, considerando que ya se reconoce como fuente en una institución de carácter universal, como es el artículo 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Por otro lado, es necesaria la determinación de estándares de aplicación del derecho extranjero, con gran alcance en el concierto internacional de naciones, teniendo presente que ya existen instrumentos como la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, cuyo artículo 2o. establece:

Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

En el entendimiento de que las facultades o escuelas de derecho no forman sólo abogados litigantes, o por lo menos no deben formar únicamente eso, sino más bien licenciados en derecho, se hace necesaria la formación jurídica suficiente para satisfacer las demandas de un servicio jurídico, tanto en el ámbito privado como en el público, en las más variadas facetas de la vida social e institucional del país. En efecto, se debe tener en cuenta que existen otras actividades de la vida de las personas y los Estados que demandan conocimiento técnico idóneo para lograr sus objetivos, como son la producción legislativa interna respecto a situaciones internacionales, que incluye el estudio de los diferentes instrumentos internacionales de derecho internacional público; las leyes modelos; los procedimientos para la realización de actos jurídico-administrativos, servicios, de disciplina o sanción, entre muchos otros. Por lo tanto, el estudiante de grado debería tener nociones del derecho comparado, y debería aprender a manejarlo útilmente junto con las otras disciplinas jurídicas. Sin embargo, el estudio especializado de derecho comparado será objeto de estudios de posgrado, y también la etapa más propicia para la investigación.

Como una metodología, Zweigert y Kötz proponen la “macrocomparación” y la “microcomparación”. Si bien se puede comparar a gran escala o a menor escala conforme a lo que plantean, en la primera sería la comparación de “diferentes técnicas de legislación, estilos de codificación y métodos de interpretación de la ley, y discutir la autoridad de los precedentes, la contribución de los académicos al desarrollo del derecho y los diversos estilos de opinión judicial”. Sin embargo, en la microcomparación se busca analizar las “instituciones o problemas legales específicos, es decir, con las reglas utilizadas para resolver problemas reales o conflictos de intereses particulares”,⁴ que serían casos en concreto, como las normas para determinar la cuantificación del daño en un accidente, los aspectos relevantes o condicionantes para la guarda o custodia de los hijos, entre los innumerables casos.

En ocasiones, se deben hacer la macro y la microcomparación para examinar los procedimientos, a fin de entender la aplicación de las reglas y por qué un sistema extranjero resuelve de una manera o de otra, señalando que la microcomparación “puede no funcionar en absoluto a menos que uno tenga en cuenta los contextos institucionales generales en los que las reglas en comparación han evolucionado y se aplican realmente”.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, es menester acudir al derecho comparado como disciplina idónea para satisfacer las necesidades que el tráfico jurídico externo y la vida social e institucional demandan. El derecho comparado es, asimismo, consustancial con el DIPr, y la interacción entre ambas disciplinas resulta en una exigencia de la vida actual por las siguientes razones:

- 1) *Necesidad práctica.* Teniendo en cuenta que el derecho es una producción humana cultural y social y, por tanto, es dinámico, cambiable y adaptable, resulta prudente y neces-

⁴ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, 3a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 4 y ss. (traducción libre).

rio conocer las experiencias de los otros países para, por ejemplo, examinar de qué manera éstos contemplan una institución jurídica determinada o una conducta en concreto. Para ello, es necesario investigar la regulación —o, en su caso, saber si no la hay—, además del sustrato cultural de esa sociedad respecto a la conducta regulada y el grado de éxito alcanzado conforme a la experiencia que han tenido.

- 2) *El derecho comparado constituye un instrumento de conocimiento crítico del derecho.*⁵ Ayuda a racionalizar la realidad; a entender la diversidad y la multiculturalidad, y a comprender la propia realidad. Permite contrastar valores similares o la posibilidad de incorporación de nuevos paradigmas. Permite ampliar el horizonte y tener variedad de perspectivas o puntos de vista, propiciando así una mejor prevención normativa, por un lado, y una adecuada aplicación del derecho, por el otro.
- 3) *Necesario para la adecuada aplicación del derecho extranjero.* Para entender y aplicar el derecho extranjero, debemos estudiarlo, así como conocer sus fuentes, sus bases culturales y su finalidad, es decir, el sentido y el alcance de la ley aplicable al caso. El derecho comparado supone reflexiones comparadas específicas sobre el problema que se estudia; además, se tiene presente la experiencia en el sentido de exponer los elementos esenciales de la ley extranjera, país por país, y, posteriormente, se “usa este material como base para una comparación crítica, terminando con conclusiones sobre la política adecuada que la ley deba adoptar, lo que puede implicar una reinterpretación de su propio sistema”.⁶

Para tal fin, además de la hermenéutica propia del sistema de la ley aplicable, es necesario recurrir al derecho compa-

⁵ Somma, Alessandro, *Introducción al derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 19.

⁶ Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *op. cit.*, p. 6.

rado, ya que el estudio del derecho extranjero no es precisamente derecho comparado. El primero es particular y limitado al caso, y el segundo es general, ocupándose de varios ordenamientos jurídicos al mismo tiempo, y es neutro, ya que no tiene un objetivo de un caso determinado.

- 4) *Contribuye al desarrollo del derecho interno.* El derecho comparado contribuye enormemente en la interpretación de las normas jurídicas nacionales, e incluso se plantea la situación de “si el intérprete de las normas nacionales puede o tiene el derecho a invocar una solución extranjera superior”.⁷ De hecho, la práctica actual muestra que el legislador recoge las soluciones que aporta el derecho comparado. Por otro lado, aporta una dimensión nueva y amplia para la educación jurídica, ayudando al estudiante a comprender mejor la relación entre las normas jurídicas y los hechos sociales.
- 5) *Permite la práctica jurídica en un contexto democrático y respeto al Estado de derecho.* La interacción con sistemas jurídicos diversos propicia un ambiente axiológico compartido entre las naciones y sus sistemas legales. El derecho comparado permite un examen adecuado del concepto de “orden público” en el DIPr, ya que para determinar la afectación, o no, del orden público del Estado se debe hacer una comparación entre la regla extranjera y el análogo más cercano en el sistema doméstico.⁸
- 6) *Consolida al derecho como ciencia.* La cientificidad del derecho estará en duda si la realidad muestra que los países se constituyen en islas sobre su propio derecho. El hombre, por su naturaleza y su manera de convivir, tiene más de común entre sí, en términos naturales, que lo que el derecho de cada país reconoce. No se desconoce con esta aseveración que por razones de reafirmación de identidad

⁷ *Ibidem*, p. 18.

⁸ *Ibidem*, p. 7.

nacional e independencia se justifique cierta dosis de normatividad y aplicación del derecho que permitiera dicha finalidad; el problema es aquella legislación que por motivos más bien de mezquindades y control social se estableció, arrastrando con ello el empobrecimiento del derecho local mismo. Sin embargo, es hora de buscar de vuelta aquel “derecho común de la humanidad”, que puede venir de una manera más adaptable a la realidad a través del establecimiento de principios o estándares que los propios jueces pueden elaborar. Cuando el derecho se limita a los fenómenos exclusivamente internos, resulta inexacto considerarlo como ciencia; empero, “el derecho comparado ofrece la única forma en que el derecho puede convertirse en internacional y, en consecuencia, en una ciencia”.⁹ Es razonable considerar que los diferentes sistemas de los países pueden aportar mayor y mejor variedad de soluciones de lo que puede ofrecer el operador jurídico de un solo sistema nacional.

- 7) *Fortalece la labor judicial*. El derecho comparado ofrece herramientas y materiales al juez para realizar su labor. Cuestiones extrañas o complejas para la experiencia local pueden verse de manera más común o amplia en tribunales de otros países. Asimismo, hay ocasiones en que se enfrentan a un difícil problema de principio y no sería razonable que “ignoren las soluciones y los argumentos que han sido propuestos o adoptados en otros lugares simplemente porque proceden de tribunales y escritores extranjeros”.¹⁰

Finalmente, cabe decir que los desafíos son formidables, debido a que no hay uniformidad respecto a la malla curricular en la formación de grado sobre DIPr y tampoco de derecho com-

⁹ *Ibidem*, p. 15.

¹⁰ *Ibidem*, p. 20.

parado, por lo que, desde ya, abogamos por un cambio de paradigmas en tal sentido, considerando la realidad de un mundo internacionalizado y globalizado, con tendencias de integración más o menos complejas. El jurista de hoy se ve cada vez más apremiado por la complejidad de las relaciones jurídicas con elementos de internacionalidad y, por tanto, las universidades deben hacerse eco de tal realidad. El abogado de hoy debe tender a ser cosmopolita. No hablamos de una formación acabada en grado, naturalmente, pero el diálogo entre el DIPr, el derecho internacional público y el derecho comparado debe darse en una tertulia obligada en nuestras facultades de derecho.