

¿CÓMO INCORPORAR UN ENFOQUE COMPARADO A LA ENSEÑANZA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DESDE QUÉ PERSPECTIVA?

Alejandro M. GARRO

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Algunos aspectos característicos de la enseñanza del derecho en Estados Unidos que son relevantes para determinar cómo enseñar el DIPr “comparativamente”.* III. *¿Cuáles son los temas o cuestiones que involucran al DIPr en los que resulta importante, e incluso fundamental, integrar el derecho comparado?* IV. *¿Cómo facilitar el entendimiento del “derecho del otro” (extranjero) para poder incorporar el método comparado en el estudio de temas de DIPr?*

I. INTRODUCCIÓN

El tema que nos convoca, que consiste en cómo integrar el derecho comparado a la enseñanza e investigación del derecho internacional privado (“DIPr”) y cómo abordar la rica sinergia entre estas dos disciplinas, ha sido desarrollado con profundidad y elocuencia por prestigiosos autores desde la perspectiva de ambos lados del Atlántico.¹ En nuestra región, el profesor Diego Fernández Arroyo

¹ Entre aquellos autores que han dedicado páginas enriquecedoras sobre el aporte del derecho comparado al DIPr, con la perspectiva estadounidense, se encuentran el recordado profesor Friedrich Juenger, de la Universidad de Davis, California, con su artículo “Conflicts of Laws”, en Kozolchyk, Boris y Molloy, John F. (coords.), *United States Law of Trade and Investment*, Búfalo-

ha abordado este tema desde una perspectiva regional, que estimo sumamente relevante para determinar qué aspectos cabe resaltar del derecho comparado.²

El enfoque comparado, ya sea en materia de DIPr o cualquier otra disciplina jurídica, se encuentra íntimamente relacionado con la perspectiva de quien lo enseña y el contexto académico específico en el que se pretende incorporar el estudio del derecho extranjero (es decir, en qué tradición jurídica han sido formados los estudiantes; si pueden acceder a textos de normas, jurisprudencia o doctrina extranjera en el idioma original; si el interés predominante es en temas de derecho público o privado y qué aspectos o temas específicos vale la pena estudiar con detenimiento, etcétera). Las breves reflexiones sobre este tema, por tanto, reflejan mi experiencia con la enseñanza del enfoque angloamericano o del *common law* en universidades de América Latina y Europa continental, así como mi experiencia docente en Estados Unidos, donde mi objetivo ha sido precisamente el opuesto, esto es, introducir el enfoque del derecho continental de origen romanista en mis clases dirigida a estudiantes exclusivamente formados en el derecho estadounidense.

Entiendo que el enfoque al que apuntan las cuestiones en las que se centra el debate al que nos han convocado no se refiere a la relación tan estrecha como obvia entre el DIPr y el derecho

Nueva York, Rothman Publications, 2000; el profesor Mathias Reimann, de la Universidad de Ann Arbor, Michigan, con el artículo “Comparative Law and Private International Law”, en Reimann, M. y Zimmermann, R. (coords.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2019. Con un enfoque comparativo desde la perspectiva europea, puede consultarse el trabajo de Ruhl, Giesela, “Who’s Afraid of Comparative Law? The (Side) Effects of Unification of Private Law in Europe”, *European Review of Private Law*, vol. 25, 2017, pp. 485-522.

² Fernández Arroyo, Diego P., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, en Fernández Arroyo, Diego y Moreno Rodríguez, José Antonio (dirs.), *Derecho internacional privado, derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, Asunción, CEDEP-ASADIP, 2010.

comparado,³ sino más bien en las diversas maneras o métodos que se pueden utilizar para integrar ambas disciplinas “en la enseñanza de temas clásicos del DIPr”.

Mi experiencia docente no suele enfocarse a aspectos del derecho de familia, sucesiones, etcétera, sino que se concentra en temas de derecho patrimonial —fundamentalmente contratos comerciales internacionales y la resolución de controversias relacionadas con el incumplimiento de dichos contratos—. Por tanto, los temas de DIPr que adquieren mayor relevancia en mis clases —y que pueden tener un impacto profesional práctico para mis estudiantes— son aquellos relacionados con la determinación del derecho aplicable a una situación jurídica transnacional, incluyendo temas como la competencia internacional para decidir disputas con contactos significativos con más de un Estado, desde el momento en que se intenta emplazar una demanda a quien se encuentra domiciliado en el extranjero, así como la emisión y ejecución de medidas cautelares, la obtención de prueba en el extranjero y, por supuesto, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

La necesidad de brindar una visión comparada a los diversos temas que involucran la determinación del derecho aplicable y la competencia internacional ha sido bien ilustrada por el profesor Fernández Arroyo, al exhortarnos, por diversas razones y siendo algunas de ellas tan obvias como el fenómeno de la “globalización”, a “enseñar el DIPr comparativamente”.⁴

³ Las preguntas formuladas a los participantes del debate fueron dos: ¿es necesario enseñar, aprender e investigar el DIPr sobre la base de un enfoque comparativo?, y ¿cuáles son los desafíos a futuro que enfrentan nuestras universidades y centros de investigación con relación a la sinergia entre DIPr y derecho comparado, y cómo abordarlos?

⁴ Fernández Arroyo destaca que “[E]n un mundo tan interconectado, enseñar el derecho internacional privado sobre una base comparativa tendría que ser la regla general” (Fernández Arroyo, Diego, *op. cit.*, p. 439). Lo anterior, haciendo referencia a un trabajo de Bénédicte Fauvarque-Cosson en la *Revue Internationale de Droit Comparé* en 2003 (p. 530).

Partiendo de esta premisa, con la que estoy completamente de acuerdo, me interesa desarrollar brevemente de qué manera se puede, y debería, introducir un enfoque comparativo a nuestras clases relacionadas con la determinación del derecho aplicable, la competencia internacional, el reconocimiento de decisiones jurisdiccionales extranjeras, etcétera.

Claro está que el método que se empleará para enseñar “comparativamente” el DIPr requiere ubicarse, como lo destacué anteriormente, en el contexto pedagógico en que se enseña una materia especialmente dedicada al DIPr.

En ese entendido, comenzaré por precisar que mi examen de esta cuestión se limita al país, a la universidad, al contexto y a la materia en la que incorporo los aspectos medulares del DIPr. Seguramente, la experiencia y la metodología empleada por mis colegas en esta mesa redonda también será influenciada por la tradición jurídica del país donde enseñan, el tipo de estudiantes que son admitidos y que suelen tener en sus aulas, etcétera. En mi caso, creo importante destacar la relevancia del tipo de educación jurídica que se espera que pueda y deba brindar una facultad de derecho, las cuestiones de DIPr que se consideran de suficiente relevancia profesional como para ser abordadas en una clase en donde entre a jugar el derecho comparado, los materiales de lectura que deben ser estudiados con anterioridad a la clase y, finalmente, el tipo de presentación del profesor y el tipo de participación que se espera del estudiante durante el transcurso de la clase.

Cabe señalar que no es mi intención predicar acerca de cómo se debe enseñar el DIPr o el derecho comparado, sino destacar cuáles son los aspectos que me parecen más relevantes —desde una perspectiva angloamericana— para comprender mejor las operaciones jurídicas transnacionales e incorporar el método comparado en su estudio.

II. ALGUNOS ASPECTOS CARACTERÍSTICOS DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO EN ESTADOS UNIDOS QUE SON RELEVANTES PARA DETERMINAR CÓMO ENSEÑAR EL DIPR “COMPARATIVAMENTE”

La educación jurídica en Estados Unidos, a diferencia de muchos otros países, se considera un entrenamiento “profesional”. Esta formación requiere cierta madurez intelectual y emocional, razón por la cual el estudio del derecho en Estados Unidos no consiste en estudios de grado, sino de posgrado. No es posible comenzar estudios de derecho sin antes haber pasado cuatro años de educación universitaria, etapa que se cumple en el llamado *college*. Esta educación universitaria de base (*college education*) implica que no es posible ingresar a la facultad de derecho sin antes haber obtenido un título universitario (lo que se suele identificar como un *bachelor's degree*).

Lejos de ser “libre y gratuito”, característica de la formación universitaria argentina luego de las reformas de 1918, el acceso a la educación terciaria en Estados Unidos, especialmente carreras de nivel graduado (esto es, *post-college*), es más bien restringido y fundamentalmente meritocrático. Los criterios de admisión para determinar dicho “mérito” son bastante difusos. El récord de estudios del aspirante son, por supuesto, muy importantes, pero también entran a jugar otros criterios enfocados a la personalidad del candidato y, por tanto, a su potencial académico y profesional. El costo de la formación jurídica del futuro abogado —que generalmente dura tres años— nunca es de carácter gratuito (ni siquiera en las facultades de derecho de universidades públicas y subsidiadas por el Estado) y es caro (suele rondar entre los 50,000 a 100,000 dólares anuales), en comparación con los aranceles de las universidades privadas de mayor prestigio en Europa (incluyendo las escuelas de derecho en el Reino Unido) o América Latina.

Claro está que este sistema de admisión restringida está complementado por un sistema de becas (basadas en mérito, necesidad y potencial, o una combinación de todos estos factores), pero estas diferencias con el régimen universitario “libre y gratuito” que predomina en los países de Europa continental y en nuestra región tienen su impacto en el tipo de estudiantes que concurren a las aulas de una facultad de derecho en Estados Unidos. Por lo general, son estudiantes de una edad relativamente madura (entre 23 y 25 años de edad), cuyos estudios de derecho, además de ser costos, les impide integrarse al mercado laboral, al que podrían ingresar al haber obtenido un título universitario al finalizar el *college*. Los estudiantes de derecho son estudiantes de tiempo completo y no se les suele permitir trabajar durante el transcurso de su carrera universitaria.

Teniendo en cuenta el perfil del estudiante promedio en una facultad de derecho de Estados Unidos y su formación universitaria previa, no debería llamar la atención que la carrera de derecho —“profesional” y “graduada”, como se le suele calificar para diferenciarla de la formación del *college*— no dure entre cuatro y seis años, sino solamente tres años.

Cabe también tener en cuenta que, siendo las universidades privadas las que suelen llevar la delantera en Estados Unidos, quien toma las decisiones acerca de qué materias deben ser cursadas y qué estándares mínimos debe cumplir el entrenamiento de un abogado no suele ser algún departamento gubernamental perteneciente al ministerio de educación del país o del estado en cuestión. En Estados Unidos, quien establece los estándares mínimos para que una facultad de derecho pueda emitir un título que permita acceder al ejercicio de la profesión es un organismo privado, que en este caso es la Asociación de Abogados de Estados Unidos (más conocida por su acrónimo ABA), junto con otro organismo privado que asocia a todas las facultades de derecho de Estados Unidos, que es la Asociación de Escuelas de Derecho de los Estados Unidos (AALS).

Habiendo invertido todos sus ahorros o solicitado un préstamo para costearse sus estudios, los alumnos aspiran a egresar con un título universitario y una licencia profesional que les permita ganarse la vida como abogados. La formación universitaria, sin embargo, es un requisito necesario pero no suficiente para ejercer la profesión. Las escuelas de derecho de Estados Unidos que otorgan un título universitario, que suele denominarse *Juris Doctor* (*JD*), no habilitan a ejercer la profesión de abogado. Las escuelas de derecho no tienen ni la responsabilidad ni la facultad de admitir un egresado al ejercicio de la profesión. La licencia de abogado se suele obtener luego de aprobar lo que suele identificarse como el “examen de la barra” (*bar exam*), cuya elaboración y administración se encuentran a cargo del colegio profesional, conjuntamente con el tribunal superior de justicia del estado donde el candidato desea ejercer la profesión.

No es común, por tanto, que el ingreso a la escuela de derecho tenga la única finalidad de obtener un título universitario que le permita adquirir una “educación general”, escalar posiciones u adquirir un prestigio social, sino que lo que al estudiante le interesa mayormente es poder obtener los conocimientos necesarios para luego ejercer la profesión y obtener un retorno en la inversión de tiempo y dinero que involucran estos tres años de intensos estudios en la escuela de derecho.

Todos estos factores que acabo de mencionar (edad, formación universitaria básica, actitud y predisposición a los estudios de derecho) suelen tener un impacto en el tipo de materias que se estudian en la carrera de derecho, así como en la manera en que se enseña y aprende el derecho. Este contexto académico suele tener diferencias pronunciadas con las materias y métodos de enseñanza que prevalecen en las facultades de derecho de Europa y América Latina, por lo que esa introducción contextual se hace necesaria para recién ahora abordar qué tipo de enfoque comparado puede o conviene brindar a la enseñanza del DIPr en las escuelas de derecho de Estados Unidos.

III. ¿CUÁLES SON LOS TEMAS O CUESTIONES QUE INVOLUCRAN AL DIPr EN LOS QUE RESULTA IMPORTANTE, E INCLUSO FUNDAMENTAL, INTEGRAR EL DERECHO COMPARADO?

La necesidad de que el aprendizaje del DIPr tenga una relación estrecha con el tipo de situaciones, disputas o temas con los cuales se deba enfrentar el abogado durante su carrera profesional impone un criterio de selección que apunta a conjugar los aspectos teóricos o de doctrina que informan al DIPr con la vida práctica profesional. Por tanto, y dentro de las disciplinas jurídicas que suelo frecuentar en mi enseñanza e investigación, mi interés e idoneidad se inclina por aquellos temas de DIPr que se relacionan con la contratación internacional y la resolución de sus conflictos, esto es, en temas relacionados con la necesidad de estudiar y comprender la aplicación potencial del derecho nacional de otra jurisdicción a un contrato comercial que tenga contactos con más de un Estado. El estudio del derecho de otra jurisdicción, es decir, recurrir a lo que suele denominarse “derecho comparado”, deviene en este caso de una necesidad para poder aconsejar de la mejor manera a un cliente acerca de las opciones que puede ejercer en cuanto al potencial derecho (nacional o internacional, “duro” o “blando”) que puede regir la operación, así como prever con algún grado de certeza en qué país y ante qué jueces podría entablar una demanda o ser demandado en el caso de que surgiera un conflicto.

La facultad de escoger el derecho aplicable a un contrato, o la viabilidad de que el marco regulatorio del lugar de su ejecución imponga la aplicación de reglas imperativas de otro país, son posibilidades muy concretas que exigen no limitarse al estudio de la norma de conflicto nacional del Estado donde se celebra el contrato. Asimismo, la posibilidad de que surja una disputa exige tomar en consideración las normas de competencia internacional que puedan llevarnos a tener que demandar, o bien defendernos ante una demanda entablada en otro país. Esto exige familiarizar al estudiante no solamente con la potencial aplicación de un de-

recho extranjero, sino también entender los diversos mecanismos para emplazar a un demandado domiciliado en un país diferente a aquel donde se ventila el juicio, los diversos métodos para producir y obtener prueba documental o testimonial y que exige la cooperación judicial de los jueces del Estado donde se encuentran los documentos o residen los testigos o peritos, etcétera.

Además de todos aquellos temas de DIPr relacionados con la aplicación potencial de un derecho extranjero aplicable al fondo de la disputa, como la determinación de los foros (judicial o arbitral) potencialmente competentes y el procedimiento a seguir en el foro extranjero, también debe incorporarse un estudio comparado acerca de los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de una decisión jurisdiccional (arbitral o judicial) dictada en un foro para ser ejecutada en otro foro. Este tema, clásicamente incorporado a la agenda de todo curso de DIPr, es imprescindible enfocarlo desde una perspectiva comparada. Ya sea porque la determinación de un foro potencialmente competente exige entender las normas de jurisdicción que podría aplicar ese foro alternativo, o porque el reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada en nuestro país sólo se podrá ejecutar en un país extranjero donde el deudor tenga bienes, siempre será necesario acceder a un derecho extranjero, que en ambos casos será el que ha de aplicarse inexorablemente, ya sea para determinar la competencia del juez extranjero o los requisitos a cumplir para ejecutarse una sentencia.

IV. ¿CÓMO FACILITAR EL ENTENDIMIENTO DEL “DERECHO DEL OTRO” (EXTRANJERO) PARA PODER INCORPORAR EL MÉTODO COMPARADO EN EL ESTUDIO DE TEMAS DE DIPr?

La necesidad del enfoque comparado no se limita a conocer las normas de derecho potencialmente aplicables, sino también comprender los métodos de interpretación y aplicación de ese derecho extranjero. Más allá de identificar el derecho extranjero aplicable,

el mayor reto pedagógico es familiarizar al estudiante, por ejemplo, de un país de cultura jurídica neorromanista con la metodología de interpretación y aplicación del derecho prevaleciente en los países del *common law*. Para el estudiante de un país de tradición angloamericana, el mayor desafío consiste en acceder a los métodos de interpretación que prevalecen en los países del *civil law*. En ambos casos, la comprensión de una norma o regla de derecho va mucho más allá que entender el significado de su texto. Mientras que un estudiante de derecho en Estados Unidos, Inglaterra u otro país de cultura jurídica angloamericana recurrirá inevitablemente a uno o varios fallos judiciales que han aplicado la norma en cuestión, para un estudiante argentino o de un país de América Latina o Europa continental le resultará imprescindible recurrir a la doctrina, a fin de ubicar esa regla de derecho en un contexto jurídico comprensible.

Esta metodología diferente requiere tener en cuenta cuáles son los textos de enseñanza que, incorporando una perspectiva comparada al estudio de las normas de DIPr, permiten avanzar en la mejor comprensión de las normas de conflicto de origen nacional o puramente doméstico. Claro está que este enfoque comparado también tiene mucho que aportar, aun cuando la norma de conflicto a aplicar tenga su fuente en un tratado internacional, ya que es precisamente esa perspectiva comparada la que habilitará al intérprete a armonizar la aplicación del tratado con la aplicación de ese mismo tratado por jueces de otras latitudes. Qué tipo de textos utilizar y cómo provocar las reflexiones y discusiones en clase son temas importantes e ineludibles, pero que deberemos dejar para otra “mesa redonda”, que será distinta a las que se convocó en esta oportunidad.