

UNA VEZ MÁS SOBRE EL
DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL PRIVADO
(Con especial referencia a la caracterización
de la audiencia iusprivatista internacional) *

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI **

Resumen: Se consideran el Derecho Internacional Privado Procesal, el Derecho Procesal Internacional Privado, el Derecho Privado de Extranjería y en especial la problemática del Derecho Procesal Internacional Privado. Se detallan características de la audiencia internacional y se plantea la importancia de la fundamentación internacional.

Palabras clave: Derecho Internacional Privado Procesal - Derecho Procesal Internacional Privado - Derecho Procesal de Extranjería - Audiencia - Fundamentación.

Abstract: Procedural Private International Law, Private Procedural International Law and Foreigners Private Law are considered, and especially the problems of Private Procedural International Law. The features of the international audience are analyzed and the importance of the international foundation is explained.

* En relación con el tema del Derecho Procesal Internacional Privado en general puede ampliarse en nuestros trabajos “Nuevas reflexiones sobre Derecho Justicial Internacional Privado”, en “El Derecho”, t. 48, págs. 823 y ss.; “Un ensayo de fundamentación jusfilosófica del Derecho Justicial Internacional Privado”, en “Doctrina Jurídica”, 17 y 24/XI y 1 y 9/XII/1972; “Derecho Justicial Internacional Privado: el funcionamiento del proceso ejecutivo internacional privado”, en “La Ley”, t. 155, págs. 1103 y ss.; “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, t. 1975-A, págs. 1047 y ss.; “Un caso de Derecho Procesal Internacional Privado” (Nota a fallo), en “El Derecho”, t. 112, págs. 411 y ss.; “La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado”, en “Investigación y Docencia”, N° 14, págs. 27 y ss.; “Perspectivas sistemáticas del Derecho Procesal Internacional Privado”, en “Derecho de la Integración”, N° 10, págs. 35/44; “Dos notas de Derecho Procesal Internacional Privado”, en “Investigación...” cit., N° 14, págs. 23 y ss.; “Reflexiones sobre la jurisdicción y el proceso internacional con miras a las relaciones jurídicas formalizadas por Internet (nuevamente sobre el Derecho Procesal Internacional Privado)”, en “Libro de Ponencias - XVII Congreso Ordinario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional - XIII Congreso Argentino de Derecho Internacional ‘Dr. Luis María Drago’”, 23, 24 y 25 de octubre de 2003, Facultad de Derecho Universidad Nacional de Catamarca, págs. 101/3; “Hacia un Derecho Procesal Internacional Privado (Derecho Justicial Material: la jurisdicción internacional)”, en “La Ley”, t. 1975-A, págs. 1047 y ss.

** Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Ex investigador principal del CONICET.

Key words: Procedural Private International Law - Private Procedural International Law - Procedural Foreigners Law - Audience - Foundation.

1. La “*complejidad impura*” que mezcla el Derecho de fondo y el Derecho Procesal constituye uno de los mayores riesgos de ejercicio del poder incontrolado de los administradores de justicia. Jueces y árbitros “iluminados” respecto del fondo pueden desconocer los requisitos fundamentales de audiencia que caracterizan al proceso; otros, “sacramentalistas”, pueden absorber el fondo en el proceso. Quizás una de las expresiones más impactantes de la complejidad impura por imperio del fondo sea la magnífica síntesis temática lograda por William Shakespeare en el “El Mercader de Venecia” cuando, para lograr el resultado que se considera justo, se falsifica la intervención de la defensa¹. La “*simplicidad pura*” tiende a aislar el Derecho de fondo y el Derecho Procesal, al punto que uno y otro corren por vías aisladas y el proceso se hace mera forma. Tal vez una de las expresiones mayores de la “burocratización procesal”,alzada contra el fondo, es la que presenta “El Proceso” de Franz Kafka². A nuestro entender, es relevante lograr una “*complejidad pura*” en la cual el Derecho de fondo y el Derecho Procesal se integren equilibradamente. El *desafío de la complejidad*, de la complejidad pura, es al fin, uno de los más importantes de nuestro tiempo³.

2. El Derecho Internacional Privado clásico de raíz germánica, ceñido al “conflicto de leyes”, tendió a separar de manera tajante el fondo y el proceso en una “simplicidad pura” consistente en la creencia de que sean cuales fueren la jurisdicción y el proceso acabaría aplicándose el Derecho más vinculado al caso, con resultados semejantes. Esa concepción, muy relacionada

1 Cabe c. The Literature Network, Merchant of Venice, <http://www.online-literature.com/shakespeare/merchant/> (29-11-2009); The Complete Works of William-Shakespeare, The Merchant of Venice, http://www.shakespeare-literature.com/The_Merchant_of_Venice/index.html (28-11-2009); The Shakespeare Law Library, <http://www.sourcetext.com/lawlibrary/> (29-11-2009).

2 El Proceso, Franz Kafka, http://perso.wanadoo.es/ddragon/proceso_kafka.pdf (29-11-2009).

3 Es necesario construir una teoría jusfilosófica con complejidad pura, superando la complejidad impura y la simplicidad pura. Es posible tener en cuenta v. gr. GOLDSCHMIDT, “Introducción filosófica al Derecho”, 6ª ed., 5ª reimp., Bs. As., Desalma, 1987, págs. XVII/XVIII; BOCCHI, Gianluca y CERUTI, Mauro (rec.), “La sfida della complessità”, trad. Gianluca Bocchi y Maria Maddalena Rocci, 10ª ed., Milán, Feltrinelli, 1997; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “El trialismo, filosofía jurídica de la complejidad pura”, en “El Derecho”, t. 126, págs. 884 y ss.

con la racionalidad y la abstracción y vinculada a la modernidad, ha entrado en crisis. Hoy se considera importante construir un ámbito de Derecho Internacional Privado de complejidad pura, donde tengan espacio central el conflicto de leyes, soluciones materiales internacionales, el conflicto de jurisdicciones y la transposición procesal⁴. La transposición procesal puede producirse en cuanto a procesos “abiertos” o “cerrados” mediante sentencias o laudos. En la construcción actual se plantea una complejidad pura que integra el Derecho Internacional Privado de fondo y el Derecho Procesal.

3. Los despliegues jurisdiccionales y procesales del Derecho Internacional Privado requieren diferenciar el *Derecho Internacional Privado Procesal*, de carácter “conflictual” y válido de normas indirectas; el *Derecho Procesal Internacional Privado*, construido con soluciones materiales necesarias para el cumplimiento del Derecho Internacional Privado de fondo y el *Derecho Procesal de Extranjería*, constituido simplemente por soluciones procesales de casos donde hay elementos extranjeros.

4. El Derecho Internacional Privado Procesal incluye las respuestas indirectas a los conflictos jurisdiccionales y respecto del trámite en sentido amplio. En este sentido posee pocas normas: en principio debe remitir las cuestiones más vinculadas al contenido del pronunciamiento al Derecho aplicable al fondo (como parte del Derecho Judicial Material) y las cuestiones más referidas al mero trámite a la “lex fori” (como parte del Derecho Judicial Formal). Esto último, por razones de conocimiento y de eficacia, y no de soberanía.

5. La *autonomía material* del Derecho Internacional Privado requiere la autonomía material del Derecho Procesal Internacional Privado⁵. Éste es

4 En cuanto a la nueva estructura a dar a la ciencia del Derecho Internacional Privado pueden c. nuestros “Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado” (especialmente “Una nueva versión de la concepción normológica de la ciencia del Derecho Internacional Privado”), Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1997; también cabe c. ahora nuestro aporte en GOLDSCHMIDT, Werner, “Derecho Internacional Privado”, 10ª ed. actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Bs. As., AbeledoPerrot, 2009, págs. 16 y ss.

5 Puede v. nuestro aporte “Tema 13: Nuevas reflexiones sobre la complejidad de las autonomías jurídicas”, en BENTOLILA, Juan José (coord.), “Introducción al Derecho”, Bs. As., La Ley, 2009, págs. 151 y ss.

integrado, de un modo relativamente tradicional, por ej., por la consideración de los documentos extranjeros, el tratamiento del Derecho extranjero en el proceso y los concursos internacionales, pero cada vez más ha abarcar soluciones materiales que establezcan *procesos propios* para los casos jusprivatistas internacionales, inspirados en la problemática especial de la *audiencia internacional*.

Aunque la *audiencia internacional* condiciona a la jurisdicción y a la transposición procesal, es también directriz del proceso iusprivatista internacional. Es importante que el proceso jusprivatista con características internacionales haga viable, *en la debida medida*, el “ingreso” como *comunicación* y “*realidad*” de todos los *despliegues materiales internacionales*: los elementos extranjeros que hacen a los puntos de conexión, la exclusión del fraude a la ley, el Derecho declarado aplicable y la defensa del orden público. Es también relevante que atienda al *funcionamiento de las normas internacionales y del Derecho declarado aplicable* en cuanto a reconocimiento, interpretación, determinación, elaboración, argumentación, aplicación y síntesis y respecto de la conjetura del Derecho extranjero de cuya imitación se trate⁶. A través del proceso jusprivatista internacional ha de existir *proceso* en sentido profundo y no mera imposición. En el sentido de la audiencia, es asimismo importante para el Derecho Procesal Internacional Privado la necesidad del “*defensor del elemento extranjero*”, tal vez como una especificidad dentro del campo de las defensorías generales.

Además de la audiencia, la corrección del proceso iusprivatista internacional ha de atender a la particularidad de otros aspectos construidos por el amplio panorama de la teoría trialista del mundo jurídico, por ej. la *fundamentación*, como *comunicación y realidad*⁷. El proceso iusprivatista internacional exige una especial fundamentación.

6 Acerca del funcionamiento de las normas en general, cabe ampliar en nuestro artículo “Complejidad del funcionamiento de las normas”, en “La Ley”, t. 2008-B, págs. 782 y ss.

7 Puede v. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción...” cit.; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología Jurídica”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2000.

A nuestro parecer, todos los despliegues procesales del Derecho Internacional Privado, en cuanto al caso y la solución, atendiendo en este caso de modo especial a las características propias de la internacionalidad, deben apreciarse según las dimensiones sociológica, normológica y axiológica del mundo jurídico. Por ejemplo, la audiencia ha de considerarse en relación con la realidad y las pretensiones respecto a la realidad y el deber ser de repartidores, beneficiarios, objetos, forma y razones, autoridad y autonomía, planificación y ejemplaridad, límites, composición y legitimación

Tal vez en no mucho tiempo deban dictarse codificaciones de Derecho Procesal Internacional Privado; en tanto es imprescindible que los tribunales reconozcan sus *principios y criterios orientadores específicos*.

6. En una línea de confluencia de lo jurisdiccional y lo procesal, creemos que con miras a asegurar el desarrollo de la comunidad jusprivatista internacional correspondería establecer un proceso que habilitara la intervención de las *cortes supremas* en los casos en que se rechazara la aplicación del Derecho extranjero (o el reconocimiento de una sentencia o laudo extranjeros) invocando el fraude a la ley y, sobre todo, el orden público.

7. En este sentido procesal iusprivatista internacional creemos que en la integración del *Mercosur* (donde mucho se ha hecho en materia procesal)⁸ sería beneficioso que las reuniones de cortes supremas avanzaran en el tratamiento muy atento del fraude a la ley, que ha de perder relevancia, y de los contenidos últimos del *orden público*, que siempre es conveniente limitar y vale armonizar⁹.

Si bien deberían considerarse las cuestiones más fáciles de armonizar por la intensificación de las relaciones internacionales y el legado cultural común, también habría que abordar las más tensas y posiblemente encuadrables en el orden público, como las vinculadas a las parejas homosexuales, la reproducción “artificial” y la genética humana. Tal vez algún día puedan producirse “plenarios”, incluso vinculantes, de las cortes mercosureñas en cuanto a orden público. Quizás, claro está, en algún momento se llegue a tener

del régimen; construcción, fuentes, funcionamiento y ubicación de las normas; valores en juego, desfraccionamiento y fraccionamiento de la justicia, legitimidad de los repartos y el régimen, etc.

8 Cabe c. Mercosur, <http://www.mercosur.org.uy/> (10-11-2009); Infoleg, http://www.infoleg.gov.ar/basehome/mercosur_enlaces.htm (19-11-2009).

Una fuente relevante del Derecho Procesal de la Integración es el *Protocolo de Olivos para la Solución de Controversias en el Mercosur*.

9 Es posible c. por ej. Encuentros de Cortes, <http://www.24con.com/conurbano/nota/27048-Lorenzetti-inaugur%C3%B3-el-encuentro-de-Cortes-del-Mercosur/> http://www.aduananews.com.ar/index.php?option=com_content&view=article&id=1240%3Avii-encuentro-de-cortes-del-mercosur-y-paises-asociados&catid=45%3Adestacadasnews-ultimas&Itemid=54 (17-11-2009); CIJ, <http://www.cij.gov.ar/conferencia-cortes-mercosur.html> (28-11-2009); Ultimahora.com, Las Cortes Supremas del Mercosur crean una secretaría permanente, <http://www.ultimahora.com/notas/173358-Las-Cortes-Supremas-del-Mercosur-crean-una-secretaria-permanente> (20-11-2009).

un tribunal superior del Mercosur¹⁰. Sin embargo, hay que estar atentos a las posibilidades de las circunstancias: “a cada día le basta su afán”.

8. Con miras a la mejor comprensión del Derecho Procesal Internacional Privado cabe tener presentes también los despliegues de procesos “supranacionales” y principios y reglas del *procedimiento transnacional*. El proceso supranacional y estos principios y reglas ponen de manifiesto que la internacionalidad “enrarea” el Derecho Procesal Privado común. Dicho proceso y tales principios y reglas son, a nuestro parecer, nuevas pruebas de la necesidad y existencia del Derecho Procesal Internacional Privado.

En cuanto a estas perspectivas, es interesante hacer referencia específica a los Principles and Rules of Transnational Civil Procedure¹¹ del

10 Puede v. nuestro libro “Filosofía de la Jurisdicción - Con especial referencia a la posible constitución de un tribunal judicial del Mercosur”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998.

11 ALI/UNIDORIT Principles of Transnational Civil Procedure, <http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-e.pdf> (17-11-2009).

Cabe c. UNIDROIT 2004, Study LXXVI - Doc. 11 (Original: English) INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE Draft Principles of Transnational Civil Procedure with Comments, prepared by Professors G. C. Hazard, Jr., R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi, Rome, February 2004; UNIDROIT 2002, Study LXXVI - Doc. 9 (Original: English), UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW, JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE, Draft Principles of Transnational Civil Procedure (with Commentary) Professors G. Hazard Jr., R. Stürner and A. Gidi, Rome, November 2002; UNIDROIT 2002 Study LXXVI – Doc 8 (Original: English) UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE Report on the Third Session Rome, 27 to 31 May 2002 (Prepared by Professor Antonio Gidi, Secretary to the Working Group), Rome, September 2002; UNIDROIT 2002 Study LXXVI - Doc. 7 (Original: English) UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE Draft Principles and Rules prepared by Professors G. Hazard, R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi, Rome, May 2002; UNIDROIT 2001 Study LXXVI - Doc 5 (Original: English) UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE Fundamental Principles of Transnational Civil Procedure: Remarks and Comments prepared by Professor Rolf Stürner, Rome, May 2001; UNIDROIT 2001 Study LXXVI - Doc. 4 (Original: English) UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON PRINCIPLES

American Law Institute y Unidroit. Los principios y reglas están dirigidos a regular de un modo uniforme el proceso en las controversias transnacionales (principalmente aquellas de naturaleza comercial), dejando de lado el tradicional uso de normas indirectas de Derecho Internacional Privado Procesal y quizás haciendo en alguna medida menos relevante los problemas de la jurisdicción nacional y de la diversidad de los sistemas procesales nacionales¹².

AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE Draft Principles and Rules prepared by Professors G. Hazard, R. Stürner, M. Taruffo and A. Gidi, Rome, April 2001; UNIDROIT 2000 Study LXXVI - Doc 2 (Original: English) UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW JOINT AMERICAN LAW INSTITUTE / UNIDROIT WORKING GROUP ON TRANSNATIONAL RULES OF CIVIL PROCEDURE Preliminary Draft Rules and Comments prepared by Professors G. Hazard, Jr. and M. Taruffo, Rome, March 2000; UNIDROIT 1999 Study LXXVI - Doc. 1 (Original: English/French) UNIDROIT INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW TRANSNATIONAL RULES OF CIVIL PROCEDURE FEASIBILITY STUDY (prepared by Rolf Stürner, Professor of Law, University of Freiburg, Germany), Rome, February 1999; Documents issued in connection with UNIDROIT's work on Principles and Rules of Transnational Civil Procedure - Study LXXVI; INTRODUCTION TO THE PRINCIPLES AND RULES OF TRANSNATIONAL CIVIL PROCEDURE GEOFFREY C. HAZARD, JR., MICHELE TARUFFO, ROLF STÜRNER, ANTONIO GIDI. (\\Server03\productn\N\NYI\33-3\NYI303.txt unknown Seq: 1 18-MAY-01 13:27)

- 12 Otros modelos, ya más distantes de nuestra perspectiva, se caracterizan por el hecho de presentarse como puntos de referencia para la unificación o al menos armonización de las disciplinas procesales nacionales de países que pertenecen a dispares áreas geográficas y culturales. Un ejemplo es el "Proyecto Storme" (Scielo, *Ius et Praxis*, 12, 1, Michelle Taruffo, El proceso civil de "civil law": aspectos fundamentales, http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122006000100004&script=sci_arttext-17-11-2009-), cuya finalidad consiste en unificar la regulación de algunos institutos procesales en los ordenamientos del área europea. No sería legítimo, sin embargo, negar las diferencias que aún existen e incluso deben existir entre los ordenamientos procesales que pertenecen más a un grupo de países que a otro.

Los modelos pueden considerar algunos aspectos particulares del procedimiento o dirigirse a abarcar todo el proceso civil. Una muestra es la Codificación Modelo Latinoamericana, que se presenta precisamente como una reglamentación unificada del proceso en los ordenamientos nacionales del área de América Latina (en relación con el tema puede v. por ej. Centro de Estudios de Justicia para las Américas, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, <http://cejamericas.org/cejacomunity/?id=369&item2=4240-24-11-2009->).

En cierta relación con el tema, pero con otro centro de gravedad, cabe c. Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional, Diego P. Fernández Arroyo, <http://asadip.files.wordpress.com/2009/01/dpfa-homenaje-a-gualberto-lucas-sosa.pdf> (23-11-2009); adaptación de parte del curso de "Recueil des Cours" de la Académie de Droit International, t. 323, págs. 9 y ss.