

LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO. TEORIA DEL USO JURIDICO*

Piero Bruno Mosciati Olivieri

Licenciado en Derecho,
Pontificia Universidad Católica de Chile

El Derecho Internacional Privado determina el ordenamiento de acuerdo al cual han de resolverse los conflictos que presenten uno o más elementos extranjeros relevantes, de modo que en muchos casos tribunales nacionales deben aplicar Derecho extranjero. De aquí resulta el problema de establecer qué tratamiento debe otorgársele a las normas de un ordenamiento foráneo: si el propio de las normas jurídicas nacionales o, simplemente, el previsto para los hechos (puesto que, si bien son Derechos, aparentemente no integran el ordenamiento jurídico nacional).

Debido a que normalmente las legislaciones no contienen normas que resuelvan la cuestión, la doctrina ha elaborado numerosas teorías destinadas a ello, siendo una de las de mayor prestigio la llamada "Teoría del uso jurídico extranjero", de Werner Goldschmidt. Esta doctrina, se ha sostenido, habría sido adoptada por Chile como régimen normal de aplicación del Derecho extranjero, debido a que la consagran tanto el convenio chileno-uruguayo sobre aplicación del Derecho extranjero como la Convención Interamericana sobre normas generales del Derecho Internacional Privado.

La teoría del uso jurídico la expuso Werner Goldschmidt por vez primera en su libro "La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado"; en sus obras posteriores la mantuvo intacta, aunque alegando nuevos fundamentos para su proposición.

Esta consiste en afirmar que lo conectado, lo designado por la norma de conflicto, no es el Derecho extranjero sino el uso jurídico extranjero; es decir, el juez que por su Derecho Internacional Privado debe solucionar un caso según una normativa foránea no se encuentra, respecto de ésta, en la misma posición que frente a su Derecho nacional, sino que debe atender al estado jurídico real del país de que se trata. Así, por ejemplo, no puede interpretar libremente la normativa extranjera ni avocarse a estudios acerca de su constitucionalidad o su validez; debe simplemente atender a la sentencia que probablemente dictaría el juez extranjero en la eventualidad que el caso se someta a su conocimiento.

Como ha dicho el propio Goldschmidt, el contenido de esta teoría puede formularse del siguiente modo: "si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable"¹.

* Este artículo ha sido extraído de la tesis de grado "De la naturaleza del Derecho extranjero" (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, 1992), dirigida por los profesores Carlos y Gabriel Villarreal B.

¹ GOLDSCHMIDT, Werner: "Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia", Buenos Aires, 1988, § 142, p. 137.

Por consiguiente, la norma de conflicto ordena no el aplicar un Derecho extranjero, sino imitarlo, puesto que, al referirse la norma de colisión a la sentencia probable del juez extranjero, "exige del juez nacional que compruebe lo que los jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva"². Resulta, entonces, que "el juez nacional se comporta ante el Derecho extranjero como un abogado interrogado acerca de la probabilidad de éxito de un asunto, llegando a un juicio de probabilidad: 'así será probablemente la sentencia' "³.

GOLDSCHMIDT ha dado diversos argumentos para sostener esta teoría, basándose primero en la naturaleza de la función judicial y sus efectos en relación al Derecho Internacional Público, en la bondad de sus resultados y, más tarde, en concepciones 'vitalistas' del Derecho. Los dos primeros de estos argumentos fueron expuestos en "La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado", sin perseverar en ellos en las obras posteriores.

I. LA FUNCION JUDICIAL COMO CREADORA DE DERECHO

En cuanto a la naturaleza de la función judicial, Goldschmidt participa decididamente de las corrientes que estiman que al juez le compete una función creadora del Derecho, alegando, además, que esa es la opinión mayoritaria: "nadie admite hoy que el juez sea un autómatas en el que se echen por una hendidura los casos litigiosos y haciendo funcionar el mecanismo, se extraiga de él la sentencia"⁴.

Este rol creador de Derecho que desempeña el juez se demostraría con el siguiente razonamiento: en primer lugar, el Derecho debe ser 'abierto', susceptible de aplicarse a casos venideros; por ello, característica del Derecho es el ser general o abstracto⁵. Como, según la teoría del conocimiento, lo abstracto no puede ser conocido por completo, y puede generar la duda, se hace indispensable una instancia que la resuelva. A esto Goldschmidt denomina "dudabilidad de todo Derecho"⁶.

En segundo lugar, es de la esencia de la justicia el que a dos casos iguales igual solución se dé, de donde "se deduce la posibilidad de generalizar toda clase de sentencias judiciales, es decir, que cada sentencia judicial pueda representar una ley. Esto puede llamarse generalidad de toda sentencia"⁷.

Estos dos fenómenos, asegura Goldschmidt, ponen de manifiesto la situación creadora del juez, porque "en el supuesto que existiera sólo la dudabilidad de todo derecho, la sentencia que resuelve las dudas quedaría aislada y sin efectos generales; en cambio, si sólo existiera la generalidad de toda sentencia se llegaría, mediante ésta ... a nada más que las leyes ya establecidas. Pero por existir estas dos instituciones tenemos que reconocer la función creadora del juez"⁸.

² GOLDSCHMIDT, WERNER: "Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 1952, p. 375.

³ GOLDSCHMIDT, Werner: "Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo", recopilado en *Estudios Jusprivatistas Internacionales*, Rosario, 1969, p. 305.

⁴ GOLDSCHMIDT, Werner: "La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado", Barcelona, 1935, p. 14.

⁵ *Ibid.*

⁶ GOLDSCHMIDT: "La consecuencia...", p. 15.

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

Se comprende que Goldschmidt, en sus obras posteriores, no haya insistido en esta línea de argumentación: recordemos que se trata de un fervoroso partidario de la teoría trialista del Derecho, y la exposición anterior atiende sólo a lo que por los seguidores de tal teoría se ha dado en llamar 'dimensión normológica', que, como todo 'infradimensionalismo', sostienen, lleva a deformaciones y al fracaso al intentar explicar el fenómeno jurídico, como consecuencia obvia de su visión sesgada del Derecho⁹. De hecho, el principal exponente del 'unidimensionalismo normológico', Hans Kelsen, afirma con similar razonamiento la función creadora del Derecho que compete al juez: "como la ley define de modo abstracto el hecho y su consecuencia, una norma general sólo adquiere su sentido después de haber sido individualizada¹⁰; pese al sentido etimológico del término jurisdicción, ésta tiene un carácter netamente constitutivo. Es un acto creador de Derecho, porque solamente merced a ella se comprueba la existencia de un hecho ilícito y se aplica una sanción¹¹".

La relación entre el hecho ilícito y la sanción no es establecida por la ley sino de una manera abstracta y general. Para individualizarla y concretarla es preciso un acto jurisdiccional que establezca una norma jurídica individual y constituya una nueva etapa en el proceso de creación del Derecho¹².

Como se aprecia, Kelsen sólo se refiere a lo que Goldschmidt llama "dudabilidad de todo derecho", sin recurrir en su exposición al concepto de "generalidad de toda sentencia" que sí emplea Goldschmidt; ello porque este último se encuentra en la necesidad de elaborar tal concepto, debido a que no reconoce la existencia de normas jurídicas individuales, por lo que, cuando se enfrenta a una de ellas, debe, de algún modo, dotarla del carácter de generalidad para reconocerle su condición de norma jurídica.

Establecido que el juez tiene una función creadora, Goldschmidt pasa a recordar que existen dos interpretaciones acerca de lo que debe entenderse por Derecho extranjero: si "verdadero Derecho extranjero", o bien el estado real jurídico de un país extranjero, opinión esta última que, aunque tímidamente, se encuentra en la jurisprudencia y tratados doctrinarios¹³. Para dilucidar este problema de 'interpretación' invoca una norma de Derecho Internacional Público según la cual "entre dos posibles interpretaciones de la actuación de un Estado ha de elegirse la que es conforme al derecho de los pueblos".

Este principio llevaría a desechar la postura que afirma la aplicación del Derecho extranjero en cuanto Derecho, porque ello atentaría contra la soberanía del Estado cuyo Derecho se aplica¹⁴. Semejante conclusión se obtiene por el siguiente razonamiento: el juez al aplicar el Derecho lo crea, y "¿tiene el juez del país A la facultad de aplicar el Derecho del país B y, al aplicarlo, de crearlo?"¹⁵.

⁹ GOLDSCHMIDT, Werner: "Introducción al Derecho", Buenos Aires, 1960, § 40, p. 31.

¹⁰ KELSEN, Hans: "Teoría pura del Derecho", Buenos Aires, 1968, p. 151.

¹¹ El que se hable de hecho ilícito y sanción no debe llevar a creer que Kelsen se refiere aquí sólo a la sentencia penal; debe recordarse que, en su opinión, el entuerto está a la base del Derecho, cuyo objeto es resolver aquél mediante la imposición de normas cuya infracción acarrea una sanción.

¹² KELSEN, *op. cit.*, p. 152

¹³ GOLDSCHMIDT: "La consecuencia...", p. 17.

¹⁴ Paradójicamente, quienes sostienen la teoría de los derechos adquiridos afirman, por el contrario, que el aplicar Derecho extranjero vulnera la soberanía del Estado que lo aplica, porque implica reconocer el poder de otro Estado para regular materias de su competencia.

¹⁵ GOLDSCHMIDT: "La consecuencia...", p. 16.

Ello importaría una lesión a la soberanía del Estado correspondiente porque "el Estado A se mezcla por sus tribunales en la creación del Derecho del Estado B"¹⁶. Debe aceptarse, por tanto, la segunda interpretación, que los tribunales de A atienden al estado real jurídico de B, es decir, las sentencias que sus tribunales probablemente dictarían en el caso.

Crítica del primer fundamento

El argumento es débil. En primer lugar, no expone razón alguna en favor de la opinión que la norma de conflicto se remite al 'estado real jurídico extranjero', esto es, que cuando la ley se refiere al Derecho extranjero pretende, en verdad, referirse a algo distinto. Es evidente que el pretendido principio de Derecho Internacional Público entra en juego cuando hay dos o más interpretaciones válidas posibles, y la validez de aquella sostenida por Goldschmidt no queda demostrada¹⁷.

Por otra parte, aun suponiendo que la función judicial sea creadora de Derecho (lo cual es discutible¹⁸), la consecuencia que de ello obtiene Goldschmidt es errónea: el juez, si crea Derecho, lo hace dictando una norma jurídica de carácter individual, la que se contiene en la sentencia y que pasa a integrar un orden normativo; es evidente que el juez, por su sentencia, crea el Derecho del país a que ese ordenamiento pertenece.

Goldschmidt, al parecer, entiende que la norma jurídica contenida en la sentencia que aplica Derecho extranjero pasa a integrar el orden normativo de la *lex causæ*, y por ello afirma que el juez, al aplicar Derecho extranjero, estaría creando el Derecho de un Estado al que es ajeno. Tal juicio es motivado por el hecho de que la sentencia individualiza una norma del orden extranjero, lo que lleva a creer que ese es el orden a que pertenece; sin embargo, no debe olvidarse que la sentencia importa, también, una individualización de normas de procedimiento, así como de la norma fundamental, la Constitución, que establece los órganos creadores del Derecho.

Vemos que la sentencia se vincula con dos órdenes normativos distintos (por materializar normas de ambos); pero para determinar cuál de estos órdenes integra hay que atender a la Constitución de la cual emana el poder de jurisdicción, dado que es característica del Derecho "que él mismo regula su propia creación, pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada"¹⁹. Si el juez crea Derecho, las normas jurídicas por él creadas integran el mismo orden normativo que le ha dado la facultad de crearlas. Una vez aceptado esto, resulta evidente que no hay atentado alguno a la soberanía de otros Estados.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Goldschmidt recoge el citado principio de las exposiciones de Anzilotti ("La consecuencia...", p.17); creemos conveniente reproducir la forma en que el propio Anzilotti se expresa: "De ahí el principio generalmente admitido en virtud del cual, cuando son posibles dos o más interpretaciones de una misma norma, hay que preferir la interpretación que permite el cumplimiento de los deberes internacionales del Estado. Pero si no es posible una interpretación justa de la norma en dicho sentido, deberá ser aplicada por lo que es, cualesquiera que sean las consecuencias que puedan derivarse en las relaciones del Estado con otros Estados", ANZILOTTI, DIONISIO: "Curso de Derecho Internacional", T.I., Madrid, 1935, p. 52.

¹⁸ Véase, SOLER, Sebastián: "Algunas objeciones a la doctrina de Hans Kelsen".

¹⁹ Kelsen, *op. cit.*, p. 147.

II. DISTINCION ENTRE DERECHO AJENO Y DERECHO PROPIO

Como se dijo, Goldschmidt abandonó más tarde el argumento recién expuesto como fundamento de su teoría, reemplazándolo por otro que emana de sus particulares concepciones en materia de Filosofía del Derecho y al cual, en sus obras de Derecho Internacional Privado, no se refiere sino en forma inorgánica y críptica. Es así como leemos que la teoría del uso jurídico "parte de la concepción del Derecho como de naturaleza real, distinguiendo luego entre Derecho propio y Derecho ajeno según la concepción vitalista de la realidad cultural"²⁰.

1. *Sobre la teoría tridimensional del Derecho*

Antes de ocuparnos de este argumento creemos conveniente recordar que Goldschmidt adhirió a lo que se llama 'concepción tridimensional del Derecho' y fue un connotado exponente de ella. Tal teoría es una síntesis entre las dos principales doctrinas que se disputaron el mundo jurídico durante el siglo pasado, aunque sólo en el presente lograron su más alta expresión, con Hans Kelsen y su "Teoría pura del Derecho", en el caso del positivismo jurídico, y con "El Derecho como hecho", de Olivecrona, en el ámbito del 'sociologismo jurídico'; esto es, la teoría que concibe al Derecho como conducta social. El tercer elemento lo aporta la escuela de Baden con su neokantiana teoría de los valores²¹. Consecuencia de este sincretismo es que el Derecho resulta ser, a la vez, conducta, norma y valor. Como se trata de elementos que se resisten a la unión (la conducta pertenece al campo del ser, en tanto que norma y valor integran el mundo del deber ser), surge el problema de la 'integración', es decir, formar con todos ellos un concepto unitario y no una mera yuxtaposición de elementos²², con lo cual, cree Goldschmidt, se pasa de una mera "concepción tridimensional"²³ a una verdadera "teoría tridimensional". Las tentativas de integración suman un número digno de respeto, aunque no logran su objetivo (el cual es, por lo demás, imposible de alcanzar, desde que se trata de sobredimensionar antinaturalmente el concepto de Derecho para hacerlo abarcar elementos que le son ajenos y respecto de los cuales actúa sólo como un "fenómeno de mediación"²⁴). No logran su objetivo, decimos, porque tales 'integraciones' concluyen, invariablemente, siendo 'unidimensionales', es decir, afirmando que el Derecho es o norma o conducta o valor, pero matizado con lo otros conceptos. La situación corriente es que se conciba al Derecho como conducta, y tal es el caso de Goldschmidt: "sostenemos que el sustentáculo del mundo jurídico es el

²⁰ GOLDSCHMIDT, Werner: "Jacques Maury et les aspects philosophiques du droit international privé", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, París, 1960, p. 159 n.

²¹ GOLDSCHMIDT, Werner: "Teoría tridimensional del mundo jurídico", recopilado en *Justicia y Verdad*, 1969, p. 456.

²² GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 25, p. 20.

²³ GOLDSCHMIDT: "La teoría tridimensional...", pp. 440 y 441.

²⁴ LLAMBLAS DE AZEVEDO, Juan: "Eidética y Aporética del Derecho", Buenos Aires, 1940, p. 52.

orden de conductas de reparto"²⁵; de esta forma, concibe el 'mundo jurídico'²⁶ como "un orden de conductas de reparto de potencia e impotencia, valoradas por la justicia... y descritas e integradas por las normas"²⁷.

2. *El Derecho como objeto real*

Como veíamos, Goldschmidt afirma que en la base de su teoría del uso jurídico se encuentra la concepción del Derecho como de naturaleza real; tal concepción la sostiene por dos vías: una, aceptando sobre el punto las formulaciones de Carlos Cossio, "quien destaca con inigualada energía el carácter real del Derecho"²⁸, mediante su cuádruple división de los objetos; la otra, definiendo al Derecho como conducta directiva.

a) La teoría egológica del Derecho

Carlos Cossio distingue, de acuerdo con el concepto de las "regiones eidéticas", de Husserl, cuatro 'familias de objetos', entendiéndolo, aclara, "por objeto cualquier cosa que pueda ser objeto de una predicación mediante un juicio: un número, un árbol, un personaje histórico, un ente mitológico, una ley son objetos"²⁹.

Tales familias serían las de los objetos ideales, naturales, culturales y metafísicos, y caracteriza a cada uno de ellos. Así, "los objetos ideales, afirma, son irreales, es decir, que simplemente son de esta o aquella manera, consisten en esto o aquello, pero no tienen existencia; además, no están en la experiencia, son ajenos al tiempo; y por último, son ajenos al valor, su consistir no implica ninguna calificación axiológica. Entre ellos están los objetos a que se refieren la lógica y la matemática"³⁰.

Por su parte, los objetos naturales serían reales, tienen existencia; están en la experiencia, esto es, son en el tiempo; y son neutros al valor, visto que en sí su ser no es bueno ni malo, justo ni injusto, hermoso ni feo. Los objetos metafísicos, sostiene, son reales, no están en la experiencia y son valiosos.

Por último, "los objetos culturales o bienes, creados de alguna manera por el hombre actuando según valoraciones son, a su vez, reales: tienen existencia; están en la experiencia: son en el tiempo; pero son valiosos con signo positivo o negativo: justo o injusto, hermoso o feo, útil o inútil son propiedades que pueden calificar su ser y este ser ha de tener siempre por lo menos una calificación de esa clase"³¹. El Derecho se ubica claramente dentro de los objetos culturales, aquellos creados por el hombre para la realización de un valor.

²⁵ GOLDSCHMIDT: "La teoría tridimensional...", p. 443.

²⁶ Ya el reemplazar el término Derecho por "mundo jurídico", indica que su concepción abarca, además, la causa final (la paz social, con sus componentes de justicia y seguridad) y los efectos (las conductas jurídicas) de aquél.

²⁷ GOLDSCHMIDT: "La teoría tridimensional...", p. 445.

²⁸ GOLDSCHMIDT: "Ontología del Derecho y Lógica Jurídica", recopilado en *Historia, Filosofía y Derecho*, Buenos Aires, 1953, p. 106.

²⁹ COSSIO, Carlos: "La Teoría Egológica del Derecho y el concepto jurídico de libertad", Buenos Aires, 1944, p. 28.

³⁰ COSSIO, *op. cit.*, p. 29.

³¹ *Ibid.*

Ahora bien, los objetos culturales son subdivisibles en mundanales y egológicos. De la explicación de Cossio se deduce que entiende por 'objetos culturales mundanales', en definitiva, los que se encuentran en el espacio, que tienen extensión, que son corpóreos, como una estatua o una herramienta³². "En cambio, dice, llamamos objetos egológicos (de ego, yo), a las acciones humanas, que son los tramos o fragmentos en que se desarticula la conducta como tal, en cuanto que la acción o conducta es hecha objeto de conocimiento y en cuanto que cada acción siempre es acción de un yo actuante, que está en ella constituyéndola en forma trascendental"³³.

La relevancia de la distinción radica en que, ónticamente, los objetos mundanales continúan siendo "una porción de la Naturaleza (la estatua mármol, la espada acero), en tanto que la vivencia del sentido (el sentido que se pretende relizar) está siempre en la conciencia psicológica que lo capta (reino óntico-ontológico)...; ocurre, en cambio, que en los objetos egológicos el substrato es la misma vida humana viviente, de modo que el sentido se sustenta en aquello mismo que le da existencia: acá tanto el substrato como la vivencia (del sentido) están en el reino óntico-ontológico"³⁴. Esta distinción tiene relevancia para el segundo paso de la argumentación de Goldschmidt, la distinción entre Derecho propio y Derecho ajeno.

b) El Derecho como orden de conductas de reparto

La calificación del Derecho como de naturaleza real (indispensable para considerarlo un objeto cultural) deriva del concebirlo como conducta. Si bien tanto Goldschmidt como Cossio conciben al Derecho como una conducta, no concuerdan en el tipo de conducta que éste sea; la argumentación de Goldschmidt, por tanto, se separa en este punto del "discurso cossiano".

Goldschmidt concibe al Derecho como conducta. Su pretendido tridimensionalismo —como todos— es puramente verbal: el Derecho es conducta, conducta descrita e integrada por las normas, conducta sujeta a la "inspección" de los valores³⁵; si normas y valores describen, integran e inspeccionan, es evidente que no forman parte de la esencia del Derecho.

El Derecho, sostiene Goldschmidt, es conducta directiva. Analizando el fenómeno jurídico descubre que siempre se encuentra en él una conducta de reparto³⁶; lo repartido es siempre potencia e impotencia que, desde la perspectiva de las normas aparecen como derechos y facultades, por un lado, y como deberes, obligaciones y cargas, por el otro³⁷; la rendición de un ejército, la elección de un Papa, la presentación de una demanda en forma, etc., constituyen repartos de potencia e impotencia.

Las conductas de reparto son de dos tipos: repartos autoritarios y repartos autónomos. "El reparto autoritario se caracteriza por el hecho que el repartidor lleva a cabo el reparto sin preocuparse de la conformidad o disconformidad de los demás protagonistas..., puede realizarse o según el esquema: ordenanza y

³² COSSIO, *op. cit.*, pp. 115-117.

³³ COSSIO, *op. cit.*, p. 117.

³⁴ COSSIO, *op. cit.*, p. 118. Los paréntesis han sido agregados.

³⁵ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 195, p. 176.

³⁶ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 10, p. 9.

³⁷ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 53, pp. 49 y 50.

obediencia (reparto autoritario ordenancista) o mediante la aplicación directa de la violencia (reparto autoritario directo)³⁸. El reparto autónomo, en cambio, se lleva a efecto sin intervención de ordenanza ni coacción, sino por el acuerdo de repartidor y recipiendario en que el reparto se realice; tal acuerdo puede consistir en la mera coexistencia de conductas coincidentes³⁹.

Las conductas de reparto, que no se encuentran entre sí desligadas, forman un orden, el orden de las conductas de reparto. Para que ello ocurra es necesario que tales repartos se concatenen de algún modo: "por un lado, de manera vertical desde arriba, los engarza el plan de gobierno en marcha; por el otro, de manera horizontal, ellos se agrupan a fuer de su ejemplaridad"⁴⁰.

Respecto del "plan de gobierno en marcha", Goldschmidt afirma que en los grupos humanos suele existir un plan de los supremos repartidores, cuyo cumplimiento organiza los repartos de acuerdo a determinados criterios. Las prescripciones fundamentales de este plan son la determinación del mando de la comunidad y los criterios supremos de reparto⁴¹.

La ejemplaridad de los repartos, por su parte, consistiría, en primer lugar, en que cada reparto ya realizado es comparable a los repartos a realizar; en segundo término, el criterio según el cual se efectuó un reparto puede utilizarse como patrón para repartos futuros⁴².

Todo reparto tiene razones (lo cual no implica la justicia del mismo)⁴³. Los miembros del grupo dentro del cual se realiza el reparto enjuician sus razones de acuerdo a los criterios que imperan en la comunidad, calificándolo de razonable o irracional, caso este último en que el reparto configura el entuerto⁴⁴. "La razonabilidad de un reparto conduce a su ejemplaridad: el reparto reputado razonable es un ejemplo para futuros repartos"⁴⁵.

La ejemplaridad (válida tanto en los repartos autónomos como los autoritarios) opera según el esquema modelo-seguimiento: el reparto razonable es considerado un modelo en vista del cual, por imitación, se realizan nuevos repartos semejantes⁴⁶, "la susceptibilidad de cada reparto de aparecer como modelo que encuentre seguimiento tiene que producir un orden de conductas: los repartos se contagian los unos a los otros. Así se llega a un conjunto de repartos que proceden con arreglo a criterios (justos o injustos) uniformes"⁴⁷. La conducta ejemplar es directiva⁴⁸.

³⁸ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 57, pp. 53 y 54.

³⁹ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 66, p. 59.

⁴⁰ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 72, p. 67.

⁴¹ En "La ciencia de la justicia", primera obra en que Goldschmidt expuso estos conceptos, se consideraba sólo la ejemplaridad, pero no el 'plan de gobierno en marcha'; parece claro que éste no es sino un agregado inarmónico a una teoría que mostraba falencias.

⁴² Goldschmidt: "La ciencia de la justicia (dikelogía)", Buenos Aires, 1986, p. 119.

⁴³ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", §56, p. 53.

⁴⁴ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", §96, p. 84.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ GOLDSCHMIDT: "Introducción...", § 97, p. 85.

⁴⁷ GOLDSCHMIDT: "La ciencia de...", p. 122.

⁴⁸ En otro lugar Goldschmidt expone un concepto un tanto distinto de la conducta directiva: "Para que una conducta sea directiva, ha de ser: 1º) expresiva de imperativos al prescribir ejemplos o ella ha de ser ejemplar, lo que puede ocurrir tanto por la obediencia como por comportarse autónomamente; 2º) ella ha de inordinarse armónicamente en un plan de convivencia". GOLDSCHMIDT: "Ontología y Derecho...", p. 107.

Explicado, de este modo, que el Derecho es un objeto real, puesto que es conducta, hemos de pasar al segundo punto del argumento: hay que distinguir entre Derecho propio y Derecho ajeno.

c) Derecho propio y Derecho ajeno

El Derecho, veámos, es considerado por Cossio un objeto cultural; característica de éstos es el ser valiosos, el ser expresión de un valor (belleza, utilidad o justicia), visto que ese valor es lo que se persigue con su creación.

Estos objetos culturales no son los valores, sino que "el valor reside o aparece como una calidad en ellos"⁴⁹. El valor que el objeto cultural realiza implica la existencia de ese sentido o significación; lo que distingue a un objeto cultural de un objeto de la naturaleza es el sentido axiológico del primero⁵⁰. Por ello, afirma Cossio, el ser de los objetos culturales consiste en ser un sentido⁵¹.

Ahora bien, "un sentido sólo existe como vivencia en la conciencia psicológica de alguien..., la existencia de un sentido reclama por fuerza una vivencia"⁵², lo cual se confirma por el hecho que toda afirmación respecto al sentido de un objeto requiere de la referencia a un sujeto (algo es bello o útil para alguien). De lo anterior se sigue que el sujeto cognoscente, respecto de los objetos culturales, "no es un mero espectador que meramente aprehende el dato, sino que en alguna forma él se introduce en el dato al vivir el sentido, puesto que esta vivencia es necesaria para la existencia del sentido... Expresándonos de otra manera, digamos que este acto gnoseológico no es un acto de aprehensión, sino una toma de posición por parte del sujeto cognoscente porque él penetra en el objeto conocido..., lo ve al objeto cultural en tanto que sentido"⁵³.

Como el Derecho —concebido como conducta— es encuadrado dentro de los objetos culturales, a su respecto se aplica todo lo anterior: "su ser es ser un sentido", en la medida que pretende realizar el valor de la justicia; valor que no es trascendente al Derecho, algo a lo que éste tienda, sino que es immanente, en la medida que el valor es integrante del Derecho por esencia⁵⁴.

Al igual que frente a todo objeto cultural, en que el sujeto cognoscente debe conocer el sentido, "el jurista, que para vivir un sentido tiene que recrearlo, capta su dato tomando posición dentro de él con su personal posición vital... Por eso, para ser un juez argentino se requiere una actitud vital diferente que la requerida para ser un juez soviético o un jurista japonés... (porque) el conocimiento del jurista es el conocimiento del protagonista"⁵⁵.

Goldschmidt expresa esta idea afirmando que el Derecho extranjero carece para nosotros de ejemplaridad⁵⁶; por tanto, podemos distinguir entre Derecho

⁴⁹ COSSIO: "Teoría Ecológica...", p. 35.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ COSSIO: "Teoría Ecológica...", p. 115.

⁵² COSSIO: "Teoría Ecológica...", p. 36.

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ COSSIO: "Teoría Ecológica...", pp. 60 y 61.

⁵⁵ COSSIO: "Ciencia del Derecho y Sociología Jurídica", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), año V, Nº 20, pp. 839 y 840.

⁵⁶ GOLDSCHMIDT: "Sistema y Filosofía...", p. 374. El concepto de 'razonabilidad del reparto' que emplea Goldschmidt es coincidente con la idea de expresión del valor justicia de Cossio; del

propio y Derecho ajeno, sin que ello implique dividir el concepto en dos subconceptos, visto que el origen de la distinción no es objetivo sino subjetivo: "se trata de cierto modo de una sola cosa iluminada por luces de distinto color"⁵⁷. Puesto que el Derecho es el orden de conductas ejemplares, "respecto de un país dado, sólo sus funcionarios, ciudadanos y habitantes colaboran a la existencia de su Derecho mediante la prescripción y dación de ejemplo"⁵⁸. Existe, por consiguiente, una diferencia fundamental entre el Derecho propio y el Derecho extranjero: "colaboramos al derecho propio; somos en cierto modo sus arquitectos. El Derecho extranjero, al contrario, es construido por los habitantes espirituales del país extranjero; con respecto a él somos meros fotógrafos. Aplicamos el Derecho propio; observamos, remedamos, en una palabra: imitamos el Derecho extranjero ... El Derecho propio lo *somos*, el Derecho extranjero lo *tenemos*"⁵⁹. De todo esto se sigue que cuando debe aplicarse Derecho extranjero (por respeto a los elementos extranjeros del caso⁶⁰), el juez, en realidad, debe simplemente imitarlo, dictando el ya mencionado juicio de probabilidad.

En resumen, las distintas percepciones de lo jurídico (falta de ejemplaridad para Goldschmidt, diferente actitud vital frente al sentido para Cossio) que imperan en los diversos países, impondrían esta limitación a la habitual libertad judicial para establecer autoritariamente lo que es el Derecho⁶¹.

III. CONSECUENCIAS DE LA TEORIA DEL USO JURIDICO

Como lo antes expuesto "no es..., como podría parecer, el ejercicio de un ágil deporte intelectual carente de consecuencias prácticas"⁶², Goldschmidt ha

mismo modo, coinciden en la calificación de la conducta como jurídica según su 'ejemplaridad', en el caso del primero, o su adecuación al 'ideal positivo de justicia', según el segundo.

La crítica de Goldschmidt a Cossio de participar del positivismo jurídico, entendiéndolo por tal todas las corrientes que niegan la existencia de valores absolutos en el mundo jurídico ("La teoría egológica y la tridimensionalidad", recopilado en *Justicia y Verdad*, p. 460) no debe hacernos creer que existe discrepancia entre ambos sobre el punto: ambos juzgan lo justo de un sistema jurídico según su adecuación a los criterios de justicia imperantes al tiempo de su creación, Cossio según lo que se considera justo en la comunidad, Goldschmidt de acuerdo al nivel alcanzado en el conocimiento de la justicia. Cossio no niega la existencia de lo justo absoluto (que es la crítica de Goldschmidt); sólo considera que su búsqueda es ajena al Derecho.

⁵⁷ GOLDSCHMIDT: "Suma del Derecho Internacional Privado", Buenos Aires, 1953, §71, p. 104.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT: "Sistema y Filosofía...", p. 374.

⁵⁹ GOLDSCHMIDT: "Suma...", §71, p. 104.

⁶⁰ GOLDSCHMIDT: "Derecho Internacional Privado. Derecho de tolerancia", Buenos Aires, 1988, §15 p. 13 y § 1462, p. 137.

⁶¹ La argumentación descansa sobre una conceptualización de lo valórico sumamente cuestionable; una interesante crítica, porque formulada por autores que, en general participan de la teoría egológica, en APTALIÓN, Enrique; GARCÍA OLANO, Fernando y VILLANOVA, José: "Introducción al Derecho", Buenos Aires, 1967, T. I, pp. 27-29; ella se basa en la distinción entre vivencia del valor y el valor mismo.

⁶² MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: "Derecho Internacional Privado", Madrid, 1960, p. 347.

señalado algunas de tales consecuencias⁶³, alegando que su bondad es otro argumento en favor de su teoría⁶⁴.

1. *En cuanto al conflicto entre órdenes jurídicos*

En primer lugar, afirma Goldschmidt, su teoría soluciona el conflicto entre orden jurídico interno y orden jurídico internacional; este conflicto se presenta porque, al constituir el orden jurídico interno un sistema cerrado de normas, no puede ingresar en él una norma extranjera⁶⁵; sostiene que el problema se intentó solucionar con las teorías de incorporación, pero sin éxito porque de hecho normas extranjeras y nacionales no son equiparadas, mientras que la doctrina que afirma la aplicación del Derecho extranjero en tanto que tal Derecho extranjero simplemente ignora el punto⁶⁶. La teoría del uso jurídico, en cambio, al introducir el Derecho extranjero como mero hecho, no debe enfrentar este obstáculo⁶⁷.

2. *En cuanto a la pluralidad de ordenamientos*

En segundo término, a juicio de Goldschmidt, si en el Derecho extranjero que ha de aplicarse existe una pluralidad de ordenamientos, la teoría del uso jurídico "lleva directamente a la solución del problema": debe atenderse a aquel que rige para el tribunal ante el cual el demandante habría podido actuar⁶⁸. Fuera del hecho que no se ve la relación entre la solución propuesta y la teoría del uso jurídico, ella, además, no es satisfactoria: frente al caso que el demandante hubiese podido llevar el pleito ante diversos tribunales (cada uno de los cuales aplica diferentes normas de conflicto), la propuesta dista mucho de ser una solución. El problema radica en que Goldschmidt parece pensar que el demandante habría podido actuar ante uno solo de los tribunales extranjeros, con lo que se determina de inmediato cuál de todos los ordenamientos vigentes en el país extranjero rige en el litigio en cuestión.

Pero si se pretende cambiar el contenido de la tesis en estudio en el sentido que no es al "estado real jurídico extranjero" a lo que debe atenderse el juez nacional, sino que debe imitar la sentencia probable del juez foráneo ante el que era posible trabar la litis, la teoría del uso jurídico, fuera de violar la norma de conflicto, arrojaría innumerables consecuencias absurdas: en primer lugar, como comúnmente serán varios los tribunales extranjeros ante los que se pueda actuar, si ellos tienen jurisprudencias contradictorias, la doctrina en estudio cae en la

⁶³ Según CAPPELLETTI, es "expresión típica del formalismo lógico, o si se prefiere de la *Begriffsjurisprudenz* [jurisprudencia de los conceptos] pretender inferir de la teoría (supuesta a base de concepciones siempre abstractas y opinables) de una entidad jurídica, en el caso, de la "naturaleza" del Derecho extranjero a que se hace remisión, las reglas prácticas de su tratamiento jurídico substancial o, peor todavía, procesal", CAPPELLETTI, Mauro: "El valor de las sentencias y normas extranjeras", Buenos Aires, 1968, p. 132. Creemos que basta con recordar a Chesterton: "la idea que no trata de convertirse en palabra es una mala idea y la palabra que no trata de convertirse en acción es una mala palabra".

⁶⁴ GOLDSCHMIDT: "La consecuencia jurídica...".

⁶⁵ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 304, "Sistema y Filosofía...", p. 376.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 305, "Sistema y Filosofía...", p. 377.

⁶⁸ GOLDSCHMIDT: "D. I. Pr. Derecho de...", 139.

inoperancia más absoluta; aún si es uno solo el tribunal extranjero competente, pero éste debe determinarse según reglas tales como el turno o la distribución de causas, la teoría del uso jurídico sería incapaz de proporcionar una solución aceptable. Por otra parte, si el tribunal extranjero ante el que se podría actuar tiene en la materia una jurisprudencia discordante con la de su superior jerárquico, el juez nacional de primera instancia se verá obligado a dictar una sentencia que sabe será necesariamente modificada por el tribunal de alzada, quien debe imitar la sentencia de su par extranjero. Más aún, si lo que ha de tenerse en consideración es el fallo probable de un juzgado extranjero específico y determinado, pasan a tener relevancia frente al juez nacional las causales de implicancia y recusación que podían hacerse valer respecto de aquel, etc.

3. *En cuanto al Derecho de Estado no reconocido*

La teoría en estudio propone también una solución para el problema de la aplicación de Derecho emanado de un Estado o de un gobierno no reconocidos. Como integra el grupo de las corrientes realistas del Derecho, esto es, identifica el Derecho con la efectiva convivencia social⁶⁹, la teoría del uso jurídico estima que la aplicación del Derecho aludido no importa el reconocimiento (si la referencia se hiciera, por el contrario, a normas extranjeras, su aplicación supone el reconocimiento de autoridad productora), por lo que no hay inconveniente en imitar la 'probable sentencia del juez extranjero'⁷⁰. Esta solución (que no es consecuencia de la teoría del uso jurídico sino que, como ella, es consecuencia de una concepción realista del Derecho) no es aplicable a todos los casos de no reconocimiento. El problema, al igual que en el punto anterior, es que Goldschmidt parece creer que la referencia se hace a la sentencia probable de un juez extranjero único y determinado: si atendemos a la sentencia probable de un solo juez, ella, obviamente, ha de conformarse o al Derecho del Estado o gobierno nuevo o al del preexistente; pero la pluralidad de jueces extranjeros aplicará uno y otro ordenamientos. Esto es evidente en el caso de división de un Estado (quienes administran justicia en los territorios no independizados continuarán aplicando el Derecho del Estado preexistente), pero lo mismo ocurre en el caso de no reconocimiento de un gobierno mientras éste no logra imponerse en la totalidad del territorio.

Por otra parte, como se atiende a la efectiva convivencia social, la aplicación del Derecho dictado por un gobierno no reconocido implica el que tal gobierno gobierna, y ese es, precisamente, el criterio según el cual debe decidirse el reconocimiento.

4. *En cuanto a la aplicación judicial*

La teoría del uso jurídico, a juicio de Goldschmidt, daría también soluciones de Derecho Procesal respecto a la aplicación del Derecho extranjero; los

⁶⁹ GOLDSCHMIDT: "Sistema y Filosofía...", p. 381.

⁷⁰ GOLDSCHMIDT: "D.I.Pr. Derecho de...", p. 143. En "La consecuencia jurídica...", p. 43, se sostenía una postura distinta: en caso de no reconocimiento, la norma de conflicto hace referencia a un uso jurídico pasado.

problemas solucionados serían los de la aplicación de oficio, el desconocimiento del Derecho extranjero y la procedencia del recurso de casación.

a) Desconocimiento del Derecho extranjero

Respecto a la ignorancia del Derecho extranjero, opta por adherir a la teoría que propugna la aplicación del Derecho que tenga mayor parentesco con el Derecho desconocido, porque "la aplicación de un Derecho semejante al aplicable nos lleva a la sentencia del juez extranjero con el máximo grado posible de probabilidad"⁷¹. El problema radica en que, como veremos a continuación, la teoría del uso jurídico, consecuente con su calificación del Derecho extranjero como hecho, somete la prueba de aquél a las partes; nos enfrentamos, por consiguiente, a una situación por lo menos curiosa: a la parte interesada incumbe la prueba de un hecho *semejante* a aquel que motiva el litigio.

b) Prueba del Derecho extranjero

En lo que concierne a la prueba del Derecho extranjero y su sumisión al principio inquisitivo o dispositivo, Goldschmidt ha enfrentado el problema en forma errática.

En su primera exposición de la teoría del uso jurídico ("La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado"), declara que de ella no se sigue forzosamente el tratamiento del Derecho extranjero bajo uno u otro principio, porque el Derecho extranjero es considerado un hecho y, aun en el proceso civil, hay hechos sometidos al principio inquisitivo⁷². Quienes afirman la naturaleza jurídica del Derecho extranjero; en cambio, están obligados a prescribir un tratamiento *ex officio* para el Derecho extranjero⁷³.

Pero si bien pretende que de la teoría del uso jurídico, como dijimos, no se sigue como consecuencia la aplicación de uno u otro principio al Derecho extranjero, en aquella primera obra Goldschmidt se inclinaba por el principio de oficialidad, porque el dejar al arbitrio de las partes la prueba del Derecho extranjero, con los riesgos consiguientes de deformación y modificación, "contradice al honor y a la dignidad del juez"⁷⁴.

Pocos años más tarde, en el artículo "Sistema formal de Derecho de colisión en el tiempo y en el espacio", Goldschmidt toma una posición del todo distinta frente al punto: el Derecho extranjero es un hecho, y los hechos se rigen por el principio dispositivo, correspondiendo, por consiguiente, a la parte interesada la prueba del Derecho extranjero⁷⁵.

Por último, en "Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia", Goldschmidt vuelve en parte a su postura original frente al tema, alegando que cualquiera sea la concepción que se tenga de la naturaleza del Derecho extranjero ello no prejuzga acerca de su tratamiento en el proceso, porque, excepcionalmente, existen normas sometidas al principio dispositivo y hechos regidos por el principio de oficialidad. Tal sería, precisamente, el caso del Derecho extranjero:

⁷¹ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 307, "Sistema y Filosofía...", p. 386.

⁷² GOLDSCHMIDT: "La consecuencia jurídica...", p. 87.

⁷³ GOLDSCHMIDT: "La consecuencia jurídica...", p. 91.

⁷⁴ GOLDSCHMIDT: "La consecuencia jurídica...", p. 88.

⁷⁵ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 306, "Sistema y Filosofía...", p. 385.

un hecho sometido al principio de oficialidad, debido a que su contenido es conocido por el juez, en ciertas ocasiones, "sobre la base de una máxima de la experiencia y en todos o al menos la mayoría de los casos, su contenido constituye un hecho notorio"⁷⁶.

El subterfugio de suponer al Derecho extranjero un hecho notorio ya había sido propuesto en Argentina, pero con menor audacia, por el profesor Busso, quien afirmaba que "ese concepto del hecho notorio..., permite, a nuestro juicio, la aplicación de oficio de las leyes extranjeras cuando ellas constituyan en verdad falta notoria; verbigracia: el Código Civil francés, el alemán, el italiano, el español, etc."⁷⁷.

Para pretender que no sólo las leyes extranjeras sino el uso jurídico foráneo puede constituir un hecho notorio ha de tenerse una idea muy amplia de éste. Tal es el caso de Goldschmidt, que entiende por hecho notorio "no aquel por todos conocidos, sino que aquel que todo el mundo puede averiguar de modo fidedigno"⁷⁸.

Una idea, en verdad, tan amplia, que la definición es exorbitante al concepto.

La pretensión que el contenido del Derecho extranjero es conocido como máxima de la experiencia o por constituir un hecho notorio, por lo demás, no puede sostenerse por quien ha estudiado poco antes, como hace Goldschmidt, el problema de la imposibilidad de conocer el Derecho extranjero⁷⁹. Los esfuerzos desplegados por someter el Derecho extranjero al principio de oficialidad, lo cual es antinatural desde que se le considera un hecho, son infructuosos. Ya el que Goldschmidt se esfuerce por sostener que al Derecho extranjero debe aplicársele el principio inquisitivo en lugar del dispositivo, demuestra que nos encontramos frente a una indeseada consecuencia de su teoría.

c) Recurso de casación

Frente a la interrogante acerca de la procedencia del recurso de casación en el fondo por violación, interpretación errónea o aplicación indebida del Derecho extranjero, la teoría del uso jurídico responde con un lacónico "el Derecho extranjero tiene el tratamiento de los hechos"⁸⁰; por ende, el recurso es improcedente. Según Miaja de la Muela, "el citado criterio no puede ser más ilógico ni perturbador. Contrario a la lógica, porque cuando el legislador dicta la regla de conflicto, es indudable que prescribe que sea aplicada tal cual es, y no se conforme con la interpretación realizada por órganos judiciales que tal vez se encontraron escasos de medios para el exacto conocimiento del Derecho de otro país. La negación de una fiscalización de cómo la ley extranjera es aplicada viene, además, a perturbar el funcionamiento de todo el sistema conflictual de un país; aun en la hipótesis de que las normas que la integran hayan sido fielmente seguidas por los jueces, no es suficiente el acierto en señalar el

⁷⁶ GOLDSCHMIDT: "D. I. Pr., Derecho de...", p. 145.

⁷⁷ Busso: "Código Civil anotado", Buenos Aires, 1958, tomo 1º, número 22, p. 118, citado por JORGE BENCHETRIT, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, voz: Hecho notorio.

⁷⁸ GOLDSCHMIDT: "D. I. Pr., Derecho de...", p. 145.

⁷⁹ Como dijera Poincaré: "Il veut toujours très fortement, mais il veut des choses successives et opposées".

⁸⁰ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 306, "Sistema y Filosofía...", p. 385.

ordenamiento jurídico aplicable si se niega todo remedio a la errónea interpretación de sus reglas. La seguridad del tráfico que el Derecho Internacional Privado trata de conseguir queda así fuertemente comprometida⁸¹.

5. En cuanto al reenvío

Finalmente, Goldschmidt proclama que "la teoría del uso jurídico constituye una forma correcta del reenvío"⁸². Como debe buscarse la sentencia probable del juez extranjero, se llega a los mismos resultados que proporciona la tesis de la referencia máxima⁸³; pero, a diferencia de ésta, Goldschmidt pretende que con la teoría del uso jurídico se evita el clásico reproche de las referencias mutuas, debido a que "dos jueces... no pueden invocarse mutuamente el uno al otro hasta la eternidad. La prohibición de denegar justicia impide este juego. He aquí el punto *arquimédico*. Una sentencia probable del juez extranjero ha de existir forzosamente"⁸⁴.

Es del todo evidente que aquí no hay solución alguna al problema del reenvío; simplemente se afirma que el juez debe dictar sentencia (cosa que nadie ha negado), pero no le proporciona criterio alguno para que determine cómo ha de dictarla: le dice a un juez que debe imitar la sentencia de un juez extranjero, pero éste, a su vez, debe imitar la de aquél; Goldschmidt pretende haber solucionado en forma definitiva el espinudo problema del reenvío porque uno de estos dos jueces que intentan recíprocamente imitarse debe, en algún momento, dictar una sentencia y así el otro podrá, por fin, imitarle. Excesiva pretensión.

IV. CRITICAS A LA TEORIA DEL USO JURIDICO

1. Se ha alegado que, en ciertos casos, le es imposible al juez nacional fallar a imagen y semejanza del juez extranjero.

a) Puede ocurrir que en el Derecho extranjero no exista precedente alguno relacionado con el caso de autos. Frente a tal situación, rebate Goldschmidt, el juez nacional debe conocer cómo él cree que lo haría el juez extranjero, manteniéndose la diferencia entre la actividad de éste y la de aquel, que "es análoga a la diferencia entre un abogado que informa sobre un asunto todavía nunca ventilado y el juez que falla sobre dicho asunto"⁸⁵.

b) Se ha sostenido que, en ciertas ocasiones, si bien el fallo del juez extranjero es conocido, su imitación es difícil. Así, por ejemplo, el siguiente caso: un juez español debe fallar sobre la sucesión hereditaria en una finca española de un causante francés; de acuerdo a la legislación española, el juez debe remitirse

⁸¹ MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, p. 418.

⁸² GOLDSCHMIDT: "D. I. Pr., Derecho de...", p. 140. El problema del reenvío puede caracterizarse diciendo que consiste en resolver si la norma de conflicto se refiere sólo al Derecho material extranjero, o si comprende todo el Derecho extranjero, incluidas sus normas indirectas.

⁸³ Esto es, la norma de colisión se refiere al Derecho extranjero en su totalidad.

⁸⁴ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 305, "Sistema y Filosofía...", p. 377.

⁸⁵ *Ibid.*

al Derecho francés, a la sentencia probable de un juez francés, según Goldschmidt. Pues bien, tal sentencia probable es conocida: el juez francés debe declararse incompetente. Se comprende la dificultad de imitar una sentencia semejante⁸⁶.

Goldschmidt ha intentado desvirtuar esta crítica alegando que en tal caso el juez español debe atender a las razones de la declaración de incompetencia, esto es, en el caso en cuestión, que el asunto, de acuerdo a la doctrina francesa, debe resolverse de acuerdo al Derecho español y por un juez español, lo que llevaría a éste a aplicar su propio Derecho⁸⁷.

Esta solución tal vez sea buena, pero no es, en caso alguno, consecuencia de la teoría del uso jurídico. Se trata de una solución improvisada a un problema que la teoría no puede resolver, lo que obliga a una inconsecuencia: el juez español, en el caso propuesto, no puede imitar la sentencia del magistrado francés porque una declaración de incompetencia importaría un absurdo mayúsculo. Goldschmidt intenta una solución enmarcando el caso dentro del reenvío, pero aquel no cuadra con el tratamiento que de éste propone la teoría en estudio (por lo demás insatisfactorio, como vimos), ya que tal tratamiento gira sobre el concepto de imitación de la sentencia probable.

c) El profesor Balogh propone el siguiente caso para demostrar la insuficiencia de la teoría del uso jurídico: dos griegos han celebrado en Alemania un matrimonio religioso, y de tal matrimonio nace un hijo. El juez alemán es llamado a conocer acerca de la validez del matrimonio según el Derecho alemán, y de la legitimidad del hijo a la luz del ordenamiento griego. Siendo el matrimonio nulo en Alemania y válido en Grecia, ¿cómo podría el juez alemán juzgar la legitimidad a semejanza de como lo haría el magistrado griego, si para éste el matrimonio es válido?⁸⁸. Se podría alegar que el juez alemán ha de imitar la sentencia que probablemente dictaría el juez griego si para éste el matrimonio fuera nulo. Esto es, precisamente, lo que Goldschmidt alega para rebatir las objeción: "el Derecho griego es aplicable exclusivamente al problema de la legitimidad del hijo, problema éste que ha de resolverse sobre la base de los hechos conforme resultan después de haber pasado a través de una previa elaboración jurídica"⁸⁹ (la nulidad del matrimonio).

Pero si tal cosa se alega, continúa Balogh, con igual fundamento puede exigirse, en materia de reenvío, que se considere aplicable el Derecho material extranjero, ignorando del todo la norma de colisión extranjera⁹⁰. Goldschmidt replica afirmando que la situación del reenvío es del todo distinta, porque la aplicación del Derecho material extranjero supone "que suprimamos mentalmente la norma de colisión extranjera, precisamente en aquel sector del caso que al Derecho extranjero está sometida"⁹¹. Debemos señalar que la situación no es distinta. Lo que hace es, efectivamente, suprimir mentalmente la norma de

⁸⁶ BALOGH: "Neue Theorien über Internationales Privatrecht", pp., 92 y 93, citado por Goldschmidt: "Sistema formal...", p. 308, "Sistema y Filosofía...", p. 391.

⁸⁷ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 309, "Sistema y Filosofía...", p. 391.

⁸⁸ BALOGH, citado por GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 309, "Sistema y Filosofía...", p. 391.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 310, "Sistema y Filosofía...", p. 392.

⁹⁰ BALOGH, citado por GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 309, "Sistema y Filosofía...", p. 391.

⁹¹ GOLDSCHMIDT: "Sistema formal...", p. 310, "Sistema y Filosofía...", p. 392.

colisión extranjera; es evidente que el Derecho griego reclama jurisdicción sobre el matrimonio que sus súbditos celebran en el extranjero (si así no fuera, el matrimonio sería nulo tanto en Grecia como en Alemania por aplicación del Derecho alemán).

2. Se ha señalado que la función del juez, sea que aplique normas nacionales, sea que aplique normas extranjeras, realiza una actividad comparable con la solución de un silogismo (premisa mayor es la norma, premisa menor son los hechos probados, y la solución es la sentencia⁹²). Pues bien, "la premisa mayor nunca puede estar constituida por hechos, sino por normas integrantes de un ordenamiento jurídico, esto es, por reglas de Derecho"⁹³; es decir, "no se puede aplicar hechos a hechos"⁹⁴.

Goldschmidt ha negado valor a esta objeción alegando que aunque el caso deba resolverse según el Derecho extranjero, al que considera un hecho, la función judicial consiste siempre en la solución de un silogismo. Para demostrar esto, presenta "un doble silogismo sobre la base del uso jurídico: Primer silogismo: 1) Los derechos sucesorios de una persona de nacionalidad determinada están regidos por el uso jurídico nacional del *decius*. 2) El demandante solicita una participación en los derechos hereditarios de su padre, alemán. 3) Luego, sus derechos sucesorios están regidos por el uso jurídico alemán. Segundo silogismo: 1) Sus derechos sucesorios están regidos por el uso jurídico alemán. 2) El juez alemán concederá, muy probablemente, al demandante una parte igual a la que corresponde a cada uno de sus hermanos demandados. 3) Luego, esta parte será la adjudicada al demandante"⁹⁵.

Miaja de la Muela estima insuficiente la respuesta de Goldschmidt: "la premisa mayor del segundo silogismo, para que pueda ser aplicada por el juez, tendrá que transformarse de hecho en Derecho, con lo que el uso jurídico adquiere un valor normativo"⁹⁶.

Lo que hace Goldschmidt en su intento por desvirtuar la observación que comentamos, es sindicar como premisa mayor no el uso jurídico extranjero sino la obligación de aplicar dicho uso jurídico. Es decir: una norma de conflicto dispone que un cierto caso se resuelva según el Derecho extranjero; por las razones ya expuestas, tal referencia no se hace, en verdad, al Derecho extranjero, sino al uso jurídico extranjero, que es un hecho; es la norma de colisión, de carácter indudablemente jurídico, la que dispone cómo solucionar el caso, por lo que constituye la premisa mayor de un silogismo perfectamente válido.

El planteamiento genera críticas: en primer lugar, si el uso jurídico extranjero es premisa mayor en razón de la disposición conflictual, su condición no es distinta de la de cualquier otro hecho del proceso o, cuando menos, de la de los hechos sometidos al principio inquisitivo, que el juez debe traer a colación tam-

⁹² GARDE CASTILLO, Joaquín: "Problemas relacionados con el recurso de casación en el Derecho Internacional Privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Volumen IV, año 1951, p. 865; una exposición más amplia se encuentra en MORELLI: "Il Diritto Processuale Civile Internazionale", volumen VII del *Trattato di Diritto Internazionale*, dirigido por Fedozzi y Romano, Padova, 1938.

⁹³ MIAJA DE LA MUELA: *Op. cit.*, p. 347.

⁹⁴ WOLF, Martin: Citado por GOLDSCHMIDT, "Sistema y Filosofía...", p. 395.

⁹⁵ GOLDSCHMIDT: "Jacques Maury et...", p. 158.

⁹⁶ MIAJA DE LA MUELA: *Op. cit.*, p. 351

bién por disposición de normas legales, con lo que las premisas del silogismo se encontrarían en el mismo rango.

Por otra parte, si la premisa mayor del silogismo no es el uso jurídico extranjero sino la norma de conflicto (o aquel en virtud de ésta, que viene a ser lo mismo), las consecuencias de la teoría serían del todo distintas de aquellas que Goldschmidt presenta: el Derecho extranjero debe ser aportado por el juez y sometido con rigidez al principio inquisitivo; procede el recurso de casación a causa de la infracción al ordenamiento foráneo, etc.; las consecuencias propias de la aplicación, por parte del juez, del Derecho o, como diría Goldschmidt, del Derecho propio, como lo es la norma de conflicto.

Por último, tal razonamiento importa una paradójica metamorfosis de la teoría del uso jurídico en teoría de la incorporación formal, contra la cual Goldschmidt ofrece críticas con generosidad⁹⁷. La tesis en cuestión, así transformada, coincide en lo esencial con dicha teoría⁹⁸, pero a diferencia de ésta, la del uso jurídico constituye una suma de proposiciones inarmónicas: el Derecho es un hecho que produce los efectos del Derecho.

3. Miaja de la Muela ha formulado una crítica que no apunta a las consecuencias de la teoría, como la mayoría de las anteriores, sino a su fundamento mismo; objeta la idea del Derecho basada en la idea de ejemplaridad: ella "podrá ser una finalidad secundaria de la aplicación de las normas, pero nunca la fundamental o fundamentales de servir al bien común, a la justicia y a la seguridad jurídica"⁹⁹.

La objeción no es seria, porque se origina en la incomprensión de las ideas de Goldschmidt. Para éste la ejemplaridad no es fin primordial del Derecho, como cree Miaja de la Muela. Como vimos, sostiene que el Derecho se encuentra en las conductas de reparto de potencia e impotencia, conductas que forman un orden en razón de su ejemplaridad (ejemplaridad que estriba en el enjuiciamiento positivo de las razones del reparto por los demás miembros de la comunidad en que éste se realiza); es la adecuación de la conducta al orden, es decir, el si es ella a su vez ejemplar o no, lo que determina su carácter de jurídica o antijurídica¹⁰⁰.

Creemos, sin embargo, que la crítica de Miaja de la Muela, si bien no es certera, atina a señalar la idea de ejemplaridad como error basal en la construcción de Goldschmidt. La identificación del Derecho con la conducta ejemplar y, en general, toda concepción del Derecho como conducta es infructuosa. Lo es, en primer término, por su incapacidad para explicar, por ejemplo, una institución jurídica recientemente establecida por el legislador y que aún no ha sido

⁹⁷ Especialmente en "D. I. Pr., Derecho de...", pp. 141 y 142.

⁹⁸ GARDE CASTILLO: *Op. cit.*, p. 888.

⁹⁹ MIAJA DE LA MUELA: *Op. cit.*, p. 348.

¹⁰⁰ Hay que señalar que Goldschmidt no emplea el término 'antijurídico' por considerarlo equívoco: las conductas, siguiendo a Kelsen, las divide en 'jurídicas' y 'ajurídicas', según si son o no relevantes para el Derecho; de este modo, lo que normalmente se entiende por conducta antijurídica, es una conducta jurídica, puesto que es relevante para el Derecho. La innovación, fuera de causar confusión, es innecesaria y menos precisa que la de uso corriente: innecesaria porque es a todas luces evidente que lo antijurídico tiene relevancia para el Derecho y porque el concepto de 'ajurídico' no es novedoso; menos precisa, porque elimina la posibilidad de expresar claramente la conformidad o disconformidad con el Derecho; es así que Goldschmidt se ve en la necesidad de utilizar el término 'ilícito', cuyo significado no es similar a 'antijurídico'

aplicada. Imaginemos el caso de una Constitución que establece por vez primera en un país ciertas inhabilidades o el mecanismo de la segunda vuelta electoral para dirimir una elección. ¿Hemos de entender que tales instituciones no constituyen Derecho porque no han sido aún aplicadas? Frente a semejante absurdo podría, tal vez, responderse que el Derecho no son sólo las conductas realizadas, sino también aquellas que es posible realizar. En tal caso es evidente la identificación del Derecho con la norma; además, forzaría a una extraña proposición acerca de las figuras jurídicas aún no descubiertas: ellas habrían existido desde siempre.

Por otra parte, la identificación del Derecho con conductas sociales imposibilita una clara determinación de lo antijurídico; según Goldschmidt, la falta de ejemplaridad es lo constitutivo de la antijuridicidad de una conducta. Desde que hay conductas no ejemplares que son jurídicas, la proposición es falsa: el que un tribunal superior reemplace la sentencia dictada por otro inferior importa una declaración oficial de la 'irracionalidad del reparto' realizado por el juez (la sentencia), pero nadie pretenderá que ha realizado un ilícito; del mismo modo quien, gratuitamente, destruye bienes propios ejecuta una conducta jurídica aunque carente de ejemplaridad. Asimismo, existen conductas que son antijurídicas pese a gozar de ejemplaridad dentro de la comunidad en que se verifican; tal es el caso, por ejemplo, de la venganza en las sociedades mediterráneas.

Otro obstáculo para la 'concepción sociológica del Derecho' se encuentra en el elemento finalista que necesariamente ha de informar toda conducta humana: los fines divergentes y aun contrapuestos de las 'conductas ejemplares' particulares, darían origen a los fines supremos, abstractos y generales que se suponen propios del Derecho.

Es evidente que el Derecho no está constituido por conductas sino que se refiere a ellas¹⁰¹, de modo que "el «estado jurídico» de un país no puede estar integrado por otra cosa que por normas"¹⁰²; "ese impreciso «estado jurídico» de que habla Goldschmidt..., no puede ser cosa distinta de un conjunto de reglas jurídicas"¹⁰³. Eliminando la falaz identificación de Derecho y conducta, la distinción entre Derecho propio y Derecho extranjero, así como todos los demás pasos de la construcción, carecen de asidero.

¹⁰¹ LLAMBIAS DE AZEVEDO: *Op. cit.*, p. 40.

¹⁰² MIAJA DE LA MUELA: *Op. cit.*, p. 348.

¹⁰³ GARDE CASTILLO: *Op. cit.*, p. 888.