

## EL TRIALISMO EN UN SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (\*)

En una de las varias obras que Goldschmidt dedica a su especialidad ha dicho que una materia jurídica alcanza su verdadera dimensión científica en la medida en que logra elaborar su Parte general (1). También podríamos decir que una teoría iusfilosófica demuestra su madurez en la medida en que logra organizar en torno a sí un sistema científico. La tarea de la filosofía jurídica es doble: por una parte le compete una descripción adecuada y una explicación esencial de la realidad jurídica; por otra le compete proveer de bases metodológicas sólidas a la ciencia del Derecho que estudia esa realidad jurídica. Esto no significa afirmar que el objeto de la filosofía del Derecho se agote en el análisis del lenguaje y de la estructura de la ciencia del Derecho positivo, como quiere Ross (2). Al contrario, la iusfilosofía que logra explicar qué es el mundo jurídico, explica también, y por añadidura, la dimensión científica que lo toma por objeto.

El trialismo sostiene que el mundo jurídico consta de tres dimensiones integradas, y que cualquier rama de la ciencia jurídica debe reflejar esta tridimensionalidad. Pero no basta que refleje una cierta estructura trial, también debe mostrar la integración, y esto es no menos importante que lo primero. Toda concepción tridimensionalista reconoce tres aspectos en el mundo jurídico: la norma, los hechos y las valoraciones. Muchas concepciones pueden considerarse tridimensionalistas en este sentido amplio: lo son todos los iusnaturalismos y buena parte del realismo jurídico anglosajón, aun cuando subordine la dimensión valorativa a su efectiva vigencia social. Pero el trialismo exige una fórmula de integración entre las dimensiones que sólo puede buscarse a la luz de la filosofía. En otros términos: el tridimensionalismo es

---

(\*) A propósito de WERNER GOLDSCHMIDT: *Derecho internacional privado. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 2.<sup>a</sup> edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1974.

(1) WERNER GOLDSCHMIDT: *Suma del Derecho internacional privado*, 2.<sup>a</sup> edición, Abeledo, Perrots, 1961, pág. 11.

(2) Cfr. *Sobre el Derecho y la Justicia*, traducción de GENARO R. GARRO, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1970, págs. 12 y sigs.

una fenomenología, una descripción adecuada del mundo jurídico (así como el uni y el bi dimensionalismo son descripciones inadecuadas); el trialismo es una filosofía porque propone una determinada visión orgánica de esas dimensiones (3). El trialismo sostenido por Goldschmidt puede describirse como realista, con primacía del valor objetivo de justicia y con fundamento teocéntrico (4).

La primera consecuencia de esta posición, y con relevancia inmediata para la ciencia jurídica, es que sus ramas no pueden concebirse como conjuntos de normas ni como un grupo de casos. Lo que determina el carácter científico del sistema es la fórmula que integra normas, casos y valoraciones. De allí su definición del Derecho internacional privado como conjunto de casos transprivatistas con elemento extranjero, y de sus soluciones, descritos por las normas jurídicas y valorados —hechos y normas— por la justicia objetiva. Con esto está dicho que la generalización no es criterio sistemático válido. Una tradición bastante arraigada nos muestra las disciplinas jurídicas como un conjunto de problemas generales ilustrados con ejemplos jurisprudenciales. El positivismo jurídico, inconsciente de estos tratamientos, deriva de un cierto agnosticismo filosófico, en cuanto se duda o se niega que la filosofía del derecho pueda organizar y fundamentar metodológicamente a la ciencia jurídica. Y para ser sinceros debemos reconocer que en este divorcio entre científicos y filósofos, estos últimos han tenido culpa no pequeña, precisamente por ser incapaces o desinteresados de mostrar la implicancia efectiva de la filosofía en la ciencia jurídica.

¿Cómo organiza y fundamenta el trialismo al Derecho internacional privado? Su intervención se cumple en tres aspectos fundamentales:

- 1.º Determinación del ámbito de la disciplina.
- 2.º Organización metodológica del tratamiento de los problemas.
- 3.º Valoración de las soluciones positivas e interpretación correctiva.

---

(3) En general es posible llamar *trialismo* a todo tridimensionalismo integrado cualquiera que sea su fórmula, pero de hecho esta denominación indica sólo la fórmula integrativa a que nos referimos en el texto.

(4) Es decir, se opone a la otra y contrastable fórmula posible de integración: idealista, relativista y antropocéntrica. Cfr. WERNER GOLDSCHMIDT: *El problema de los métodos en el mundo jurídico*, Colección DEUS (Divulgación de Estudios, Universidad del Salvador), Ed. Esnaola, 1965.

## 1.º DETERMINACIÓN DEL ÁMBITO

Conforme a esta teoría, el mundo jurídico es un conjunto de conductas de reparto, descritas por normas y valoradas por la justicia. La dimensión sociológica se encarga de determinar los conjuntos de conductas de reparto que tengan características comunes relevantes. En nuestro caso se trata de dos notas:

a) *El elemento extranjero*.—La consideración sociológica del elemento extranjero delimita el ámbito correcto distinguiendo sus casos de otros sólo analógicamente vinculados, lo que implica la circunscripción de los problemas. Así, no es correcto incluir en nuestra disciplina el caso del reenvío interno, que sólo tiene contacto lógico, por igual estructura normativa.

b) *El carácter iusprivatista*.—No es el caso reproducir las inacabables discusiones en torno a la distinción entre Derecho público y privado, pues lo que interesa a nuestro caso está fuera de conflicto: el Derecho público no es extraterritorial y no puede constituir la descripción normativa de repartos cuya característica es poseer un elemento extranjero que haga posible una aplicación extraterritorial del Derecho extranjero privado. El elemento extranjero es condición necesaria para que un reparto entre en nuestra órbita, pero no es condición suficiente si el Derecho extranjero no puede resultar aplicable. Estos son los casos en que juega el Derecho público y que quedan sistemáticamente fuera de la disciplina, como son todos los aspectos procesales y el Derecho internacional penal, aunque por razones didácticas se sigan manteniendo en los programas y libros de texto.

*La autonomía*

Una vez delimitado el campo podemos preguntarnos si su contenido es suficiente para proclamar su autonomía. Los criterios para detectar la autonomía son bastante variados; por razones prácticas las disciplinas codificadas la han obtenido fácilmente, al menos académicamente. En general se admite que una disciplina autónoma desde el punto de vista científico debe tener principios propios y distintos de la rama de la cual se desgaja. En ello se pone énfasis cuando se trata de justificar la separación de disciplinas de reciente formación, por ejemplo del Derecho aeronáutico con relación al marítimo y el espacial por relación al aeronáutico. También suele argüirse en contra, y no

con malos argumentos. La disputa se debe a que no hay acuerdo sobre qué deba considerarse «criterio específico» y «particularidad de los casos». Porque desde el punto de vista lógico siempre podremos agrupar casos según caracteres comunes constituyendo diferentes mosaicos integrativos. Por ejemplo, podemos buscar los caracteres comunes a las compra-ventas inmobiliarias, que serían más específicos que los de la compra-venta general y éstos a su vez que los de los contratos. Y hasta se podría admitir que por razones prácticas se dicte un Código de la compra-venta inmobiliaria, si la intensidad y complejidad del mercado lo hiciera aconsejable. Y, sin embargo, muy difícilmente se aceptaría la autonomía científica.

Afilando más los criterios diremos que la autonomía científica requiere:

1.º Un conjunto de conductas de reparto con caracteres comunes entre sí y diferentes de los otros casos, de tal modo que esos caracteres comunes tengan relevancia para

2.º determinar su descripción normativa, tal que:

a) las normas, consideradas individualmente, tengan una nota diferencial;

b) puedan, en su conjunto, organizarse sistemáticamente.

3.º Que tenga un repertorio general de problemas propios que justifique la existencia de principios específicos para su solución. Se exige, por lo tanto, un conjunto de normas que permita constituir un sistema, pero de ningún modo la autonomía legislativa o judicial, aunque tal cosa sería deseable.

En el caso concreto del Derecho internacional privado se trata de saber si es autónomo con respecto al Derecho civil, terreno en que la discusión es álgida, sobre todo porque parece que esta rama tradicionalmente omnicompreensiva defiende actualmente casi con desesperación el derecho a la existencia, y se siente amenazada con nuevas mutilaciones. Algunos autores sostienen que en realidad el Derecho internacional privado es una parte del Derecho civil que tiene ciertos caracteres exóticos. Ciñéndonos a los puntos indicados antes he aquí cómo puede fundarse la autonomía del Derecho internacional privado a partir de su ámbito:

1.º Las conductas de reparto que integran nuestro objeto tienen dos particularidades que no se dan conjuntamente en ningún otro sector del ordenamiento jurídico: el elemento extranjero con posi-

bilidad de aplicación extraterritorial del Derecho privado extranjero. Los casos de Derecho público con elemento extranjero no admiten aplicación extraterritorial. No hay superposición ni laguna. Si la captación normativa de estos casos es correcta, la norma tendrá ciertos caracteres que darán por cumplida nuestra segunda condición.

2.º Las normas iusprivatistas internacionales poseen una característica diferencial; son normas indirectas, no regulan directamente el caso, sino que indican el Derecho aplicable. En cambio todas las normas privadas internas son directas, reglamentan directamente el sector social al que se refieren (con la única excepción del reenvío interno). El Derecho declarado aplicable por la norma indirecta puede ser el mismo derecho directo nacional o el Derecho extranjero, sea que se entienda por tal sólo sus normas directas o incluso las indirectas. Por lo tanto no pertenecen al Derecho internacional privado las normas de Derecho internacional privado unificado (5).

3.º En nuestro Derecho positivo las normas indirectas están disseminadas, lo que no impide agruparlas sistemáticamente. Para ello no sólo es necesario la elaboración doctrinaria de las normas generales, sino también la de la norma generalísima o estructura básica de toda norma iusprivatista internacional.

A este fin es necesario distinguir dos partes esenciales de la norma: tipo legal y consecuencia jurídica; dentro de cada una encontramos, a su vez, caracteres positivos y negativos. La norma generalísima de Derecho internacional privado presenta los siguientes elementos, cada uno de los cuales da lugar a problemas específicos:

a) *Tipo legal:*

aa) *Característica positiva.* Problema de la determinación del alcance del tipo legal frente a las cuestiones conexas y previas.

ab) *Característica negativa,* el fraude a la ley.

b) *Consecuencia jurídica:*

ba) *Característica positiva:*

— Los puntos de conexión.

---

(5) Por ejemplo, para nuestro ordenamiento, y de fuente internacional, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, art. 44, segunda parte.

- Lo conectado o alcance del «Derecho extranjero llamado» (problema del reenvío) y calidad en que se aplica.
- bb) *Característica negativa*: El orden público internacional.

Debemos añadir además el problema semántico de las calificaciones, previo a todos ellos, y que responde a la pregunta por el ordenamiento jurídico competente para definir los términos empleados por la norma indirecta.

El estudio en particular de los tipos legales y los puntos de conexión especiales corresponde al análisis del Derecho positivo. Aun cuando, por admitirse el método analítico analógico propuesto por Savigny, un índice de esta parte especial de un tratado de Derecho internacional privado no difiera de uno de Derecho civil (incluirá, por ejemplo: formas jurídicas, matrimonio, derechos hereditarios, etc.), podríamos distinguir ambas disciplinas por el índice correspondiente a la parte general, donde se aprecia indubitablemente la peculiaridad de la disciplina. Corolario de esto y de la aplicación consecuente del trilateralismo son las diferentes subteorías propuestas como solución, y sobre las cuales volveremos más adelante.

## 2.º LA ORGANIZACIÓN METODOLÓGICA

No sólo es tridimensional el mundo jurídico en su totalidad, también lo son cada una de sus partes. Y la ciencia que las tiene por objeto debe enfocarla según sendos puntos de vista.

Pero mientras que en la descripción trilateral se parte de la dimensión sociológica, como también hace el legislador al dictar las normas, en la exposición científica el orden se invierte porque lo que el jurista toma como objeto de sus análisis es el sector de repartos reglamentado. Sin embargo la prioridad ontológica de la dimensión social se aprecia en dos observaciones:

1.º Todos los problemas generales de las disciplinas, y con ellas del Derecho internacional privado, han aparecido con la dilucidación de problemas concretos.

2.º Hay ramas íntegras del Derecho, como el internacional público, que predominantemente operan con el orden de repartos previo a la descripción normativa.

La descripción del orden de las conductas se integra por dos vertientes. Por una parte se constituye con el conjunto de casos que se rigen por las normas indirectas. Por otra, y de mayor relevancia científica, con el conjunto de

los casos reglados conforme a la norma individual o sentencia. En sí misma toda sentencia pertenece a la dimensión normológica, puesto que es una norma que describe y reglamenta un reparto; pero el sector social reglamentado por ella y hecho efectivo pertenece al orden real de los repartos.

También podemos considerar los sectores sociales reglamentados por sentencias en dos niveles. En el primero hallamos las sentencias consideradas singularmente y que en conjunto constituyen una pluralidad fáctica. En el segundo y superior nivel tenemos la jurisprudencia reiterada que constituye una verdadera praxis jurídica. Esta praxis formula pues, reglas generales de interpretación y modos de aplicación de las normas codificadas, modificando o completando su alcance en mayor o menor medida. Por eso no es suficiente conocer las normas codificadas de un sistema para saber qué es efectivamente derecho con respecto a ese ordenamiento. El error del unidimensionalismo normativista es desconocer la eficacia como criterio de validez, y la efectividad práctica como guía de solución. Por eso las teorías iusprivatistas internacionales suelen caer en paradojas lógicas insalvables. Por ejemplo, cuando el reenvío es interpretado «de norma a norma» es fácil caer en el juego del ping-pong internacional si las normas aducidas no aceptan el caso. El trialismo, que da primacía ontológica al sector social sobre el normológico resuelve este problema con la teoría del *uso jurídico*. Consiste ella en sostener que no aplicamos ni incorporamos (nacionalizándolo de alguna manera) al Derecho extranjero, sino que imitamos la probable sentencia del juez extranjero sobre el caso. Esta concepción está más cerca del realismo que del normativismo en su interpretación del Derecho extranjero. La norma extranjera no es lo mismo que la norma propia. Esta diferencia la ejemplifica con la que hay entre «lo vivido» y «lo imitado», y es fácil ver las analogías con la distinción propuesta por Hart entre las reglas de reconocimiento propias y extranjeras. En definitiva, se trata de que la distinción propio-extranjero no es absoluta, sino contextual y relativa al juez que tiene en vista el caso, y para él la norma extranjera funciona como una descripción de futuras conductas, es decir, de la posible conducta del juez extranjero (6).

También un enfoque sociológico explica porqué es tan escasa en nuestro ordenamiento la aplicación efectiva del Derecho extranjero, y la tendencia a ampliar la esfera de acción de los principios de orden público para justificar esta reticencia psicológica. Por eso se insiste en que el orden público no puede ni debe ser entendido como un conjunto de normas —pues éstas se aplicarán a priori de la consideración de la norma extranjera y casi siempre la

---

(6) *Derecho Internacional Privado*, 2.ª edición, pág. 130, donde afirma claramente «enfocamos las normas extranjeras como descripción de futuras conductas».

desplazarán— sino como un conjunto de principios que sometan a control valorativo la solución obtenida por la aplicación extraterritorial, y sólo en caso de que se conculque el principio, y no la letra de nuestra norma, se desplazará el Derecho extranjero. Por ejemplo: es un principio de orden público de nuestro ordenamiento que el heredero forzoso no pueda ser privado de su legítima, y que ella deba consistir en una parte considerable de la totalidad de la herencia. Pero si este principio es interpretado como norma, es decir, como la legítima establecida en el Código civil para los casos internos, se desplazaría la aplicación de un Derecho extranjero que concediera legítimas diferentes, pero también sustanciales. El trialismo, se ve claramente, no sólo se interesa por la solución normológica, sino por el contenido axiológico de la misma.

### 3.º VALORACIÓN DE LAS SOLUCIONES

Las normas generales y las individuales reglan ciertos repartos, pero la última palabra la tiene la valoración dikelógica, a cuya luz podrán establecerse los ajustes necesarios. Para el trialismo el fin del ordenamiento jurídico, lo que justifica su existencia y su eficacia, es la realización de la justicia. Cada aspecto o rama del ordenamiento tiene un modo peculiar de realizar este valor: en Derecho internacional privado la realización axiológica consiste en respetar el elemento extranjero del caso.

La realización de la justicia puede lograrse de dos maneras (7): fraccionadamente, es decir en forma parcial, y en forma integrativa (desfraccionada). La primera forma sólo es aceptable cuando no sea posible la segunda. El criterio general de justicia consiste en preferir siempre el criterio que desfraccione, en cuanto sea viable su aplicación.

El principio valorativo, a su vez, se aplica a tres aspectos:

- 1.º Las normas indirectas en sí mismas.
- 2.º Las normas individuales o sentencias.
- 3.º Las teorías científicas.

Con respecto a las normas, obviamente su corrección sólo es posible de *lege ferenda*. Sin embargo se pueden detectar fallas dikelógicas: se dan cuando la aplicación lógica del conjunto de normas conduce a un vacío de justicia y el resultado no cumple la finalidad de tributar respecto al elemento

---

(7) Cfr. WERNER GOLDSCHMIDT: *Dikelogía, la ciencia de la justicia*, Primera parte, «Axiología de la Justicia».



extranjero. Por cierto que el ideal es que dicha laguna se rellene por labor legislativa, pero si tal no sucede *debe* subsanarse por integración dikelógica a nivel de la norma individual. Esta integración no debe confundirse con los procedimientos lógico-normológicos; no se deriva de la interpretación de la norma ni de la aplicación de argumentos específicamente jurídicos (analogía jurídica, *a maiore*, a contrario) o generales (implicación, deducción, etc.); todos estos argumentos se suponen ya aplicados para encontrar la solución normológica específica. Pero es ella precisamente la que axiológicamente no nos place. El trialismo acepta el uso de estos métodos en sí ateleológicos, pero subordina su aplicación a la finalidad dikelógica, y por ello fundamenta la corrección del Derecho positivo en vistas al desfraccionamiento.

Con respecto a las teorías científicas, además de su corrección y su altura intelectual, su máxima justificación está en la dimensión axiológica: debe preferirse, entre las varias teorías que lógicamente solucionan problemas, aquella que mejor consulte el respeto al elemento extranjero. Esta es la razón última de la preferencia del autor por las doctrinas que sustenta:

a) En vistas al problema de las calificaciones, desde un punto de vista lógico una cuestión tanto es resuelta por la teoría de la *lex civilis fori* cuanto por la de la *lex civilis causae*, pero tocante al respeto por el elemento extranjero la primera fracciona y la segunda desfracciona, y por eso es preferida.

b) En el problema de la cuestión previa, las teorías de la jerarquización, en cualquiera de sus variantes, tienen por resultado la absorción de la misma por el derecho que rige para la cuestión principal, omitiendo un tratamiento justo de aquélla, por lo que son rechazadas.

c) En el caso del reenvío la teoría de la referencia mínima tributa también un mínimo respecto al elemento extranjero. La teoría de la referencia media o del desistimiento es dikelógicamente superior pero no óptima. Sólo es axiológicamente aceptable la teoría de la referencia máxima.

d) Si preguntamos por la calidad del Derecho extranjero aplicable es fácil ver que la teoría normológica fracciona, mientras que la del uso jurídico ha sido propuesta precisamente para desfraccionar la solución.

e) La teoría del orden público como conjunto de normas conculca el debido respeto al elemento extranjero porque le impone un contenido delimitado que de ningún modo es necesario para salvaguardar nuestros propios principios jurídicos.

Esta somera reseña de los resultados que el trialismo arroja en la materia basta para probar su eficacia práctica en punto a explicar el mundo jurídico y fundamentar y organizar la disciplina científica que de él se ocupa. Otros autores han comprendido que la organización de una rama jurídica no puede prescindir de la filosofía, y han optado por ésta, que tan buenos frutos ya ha dado. No sólo en Derecho internacional privado se han estructurado obras tridimensionalistas, pues las encontramos en Constitucional, Administrativo, Procesal, Civil (8). Por lo demás, hasta es posible hablar de una escuela iusfilosófica trialista en la Argentina (9) y la escuela iusprivatista trialista constituye un hecho, sin lugar a dudas (10). Estos datos, en sí mismos muy auspiciosos, conforman un digno marco a los méritos de esta joven y fecunda teoría del Derecho.

CELINA ANA LERTORA MENDOZA

---

(8) En Argentina siguen el trialismo constitucionalistas como GERMÁN J. BIDART CAMPOS y ZULEMA J. ESCOBAR, administrativistas como AGUSTÍN GORDILLO y HUMBERTO PICCONE, procesalistas como PEDRO ARAGONESE, especialistas en Derecho internacional público como JUAN CARLOS PUIG y, por supuesto, los iusprivatistas internacionales que constituyen ya una escuela trialista.

(9) Entre otros registra los nombres de MIGUEL HERRERA FIGUEROA, JUAN CARLOS GARDELA y PEDRO DAVID.

(10) Más de media docena de nombres y numerosas obras así lo prueban. Podemos citar, sin pretensión de agotar la lista de adherentes, a ANGEL CIURO CALDANI, ANTONIO BOGGIANO, ALICIA PERUGGINI, CARLOS N. GATARI, DORA B. VILASECA DE PALACIO y HORACIO DANIEL PIOMBO.