
LOS CLÁSICOS PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RELATIVOS AL DERECHO APLICABLE EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Luciana B. SCOTTI* y Jonathan M. BRODSKY**

Fecha de recepción: 9 de agosto de 2015

Fecha de aprobación: 22 de agosto de 2015

* Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de Oro de la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" y Premio "Alberto Tedín Uriburu" a la alumna de la carrera de Abogacía con el mejor promedio de su promoción. Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio "Facultad" (Área Derecho Internacional). Posdoctora, con informe final aprobado en febrero de 2015 (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora e integrante de Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT. Coordinadora del Proyecto de interés institucional 2015-2016: Código PII511: "Nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación". Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja". Directora del Seminario Permanente de Investigación (SPI) sobre "Integración Latinoamericana: Pasado, Presente y Futuro". Directora de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* (IJ editores). Miembro del primer Comité editorial de la *Revista Pensar en Derecho* (2012-2014), de la *Revista electrónica del Instituto Gioja*, de *En Letra*, y de *Cuadernos ASADIP - Jóvenes Investigadores*. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. Correo electrónico de contacto: lucianascotti@derecho.uba.ar

** Abogado de la Universidad de Buenos Aires (Argentina), graduado con Diploma de Honor, Premio "Raymundo M. Salvat" y Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación". Docente de Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derecho Internacional Privado; estudiante de la Maestría en Derecho Internacional Privado y becario de investigación de la Universidad de Buenos Aires. Integrante de Proyectos de Investigación DeCyT y UBACyT, y del Proyecto de interés institucional 2015-2016: Código PII511: "Nuevos paradigmas del Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación". Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja" e integrante del Seminario Permanente de Investigación (SPI) sobre "Integración Latinoamericana: Pasado, Presente y Futuro". Ex director de la *Revista Lecciones y Ensayos*, co-fundador y subdirector de la *Revista En Letra* e integrante del Comité de Redacción de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración* (IJ editores). Ex becario del Departamento de Estado de EE.UU. y de la Universidad Autónoma de Madrid y el Grupo Santander. Autor y coautor de capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. Correo electrónico de contacto: jmbrodsky@derecho.uba.ar

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Resumen

El Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield contenía unas pocas normas, dispersas, aisladas y con categorías muy amplias, que procuraban dar respuesta a los casos jusprivatistas internacionales. Ahora, por primera vez, y sin perjuicio de varios proyectos de reformas anteriores, nuestro país legisla en el flamante Código Civil y Comercial de la Nación un número significativo de cuestiones propias del Derecho Internacional Privado en forma ordenada, en un título dedicado al efecto. El presente trabajo se centra en el análisis del primer Capítulo del Título IV del Libro Sexto del nuevo ordenamiento, dedicado a los problemas generales del Derecho Internacional Privado referentes al derecho aplicable.

Palabras clave

Derecho Internacional Privado – Código Civil y Comercial de la Nación – aplicación del derecho extranjero – reenvío – cláusula de excepción – fraude a la ley – normas internacionalmente imperativas – orden público internacional – cuestión previa – calificaciones

PRIVATE INTERNATIONAL LAW: CLASSICAL ISSUES ON APPLICABLE LAW IN THE NEW ARGENTINE CIVIL AND COMMERCIAL CODE

Abstract

The Civil Code drafted by Dalmacio Vélez Sarsfield had only a few sections, isolated and vague, which dealt with cases with a foreign element. Today, for the first time and in spite of previous bills, Argentina legislates in the new Civil and Commercial Code an important number of aspects within conflict of laws, in an organized manner and in a specific Title. This essay analyses the sections of the Civil and Commercial Code focused on general topics of Private International Law, concerning the application of law.

Keywords

Private International Law – conflict of laws – Civil and Commercial Code of Argentina – application and proof of foreign law – *renvoi* – exception clause – evasion – public policy – incidental question – characterisation

I. Introducción

El Código Civil de Dalmacio Vélez Sarsfield (en adelante, también “Código Civil” o “Cód. Civ.”) contenía unas pocas normas, dispersas y aisladas con categorías muy amplias, que procuraban dar respuesta a los casos jusprivatistas internacionales.

En efecto, tal como indica Alicia PERUGINI (2012: 659) refiriéndose a esta materia, “la especificidad de los temas que enfoca —casos de derecho privado con elementos internacionales— y el reconocimiento de problemas generales produjo como consecuencia la autonomía académica, literaria y jurisprudencial de la disciplina. En líneas generales, en cambio, la normativa no ha tenido la misma suerte”.

Ahora, por primera vez, y sin perjuicio de varios proyectos de reformas anteriores,¹ nuestro país legisla en el flamante Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante,

¹ Cronológicamente, el primer proyecto de Código se publicó por Werner GOLDSCHMIDT en 1955. A su turno, en la primera gran reforma del Código Civil —decreto-ley 17.711/68— la nota de elevación de la Comisión Redactora declaró expresamente que era preciso “reunir en una ley especial las normas del derecho internacional privado, consultando con especialistas de esa materia”.

Por otro lado, en 1973, el entonces subprocurador a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación, Adalberto Enrique COZZI, le encargó a GOLDSCHMIDT la elaboración de un Proyecto, el que le fue entregado en noviembre del mismo año. El 10 de enero de 1974, los proyectos fueron presentados al Ministerio de Justicia de la Nación. En 1987, el Diputado Reinaldo VANOSI presentó a la Cámara de Diputados de la Nación el Anteproyecto de Ley Nacional de DIPr —Proyecto de la Procuración del Tesoro - Ministerio de Educación y Justicia—, llamado “Proyecto Goldschmidt”, para su adecuación. Para analizar y actualizar este Proyecto se creó el llamado Cuerpo Asesor de Alta Especialización integrada por los Doctores Antonio BOGGIANO, Horacio PIOMBO, José Carlos ARCAGNI y Alicia PERUGINI. Esta Comisión elaboró el llamado Anteproyecto Actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y de la Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial (Proyecto Actualizado). El Proyecto fue presentado al Sr. Presidente de la Comisión de Legislación General de la H. Cámara de Diputados de la Nación, el 2 de julio de 1989.

A su turno, el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998 elaborado a instancia y en el marco del Ministerio de Justicia de la Nación, finalmente, contó con el Libro VIII dedicado a las normas que Derecho Internacional Privado, elaboradas por las Dras. Berta KALLER DE ORCHANSKY, Amalia URIONDO DE MARTINOLI y Beatriz PALLARÉS.

Nuevamente en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, promovido sucesivamente por dos Ministros de Justicia, los doctores Jorge Reinaldo VANOSI y Juan José ÁLVAREZ, se impulsó la elaboración de un Código. En efecto, por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 (VANOSI) y 144/02 (ÁLVAREZ) se creó una Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado. La Comisión finalmente fue integrada por los doctores Miguel Ángel CIURO CALDANI, Eduardo Leopoldo FERMÉ, Rafael MANÓVIL, María Blanca NOODT TAQUELA, Berta KALLER DE ORCHANSKY, Beatriz PALLARÉS, Alicia PERUGINI ZANETTI, Horacio PIOMBO y Amalia URIONDO DE MARTINOLI. El

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

también "el nuevo Código" o "Cód. Civ. y Com.") un número significativo de cuestiones propias del Derecho Internacional Privado (en adelante, también "DIPr"), en forma ordenada, en un título dedicado al efecto.

Si bien no se logra la tan anhelada autonomía legislativa en sentido estricto, dado que las normas de DIPr quedan insertas en un Código Civil y Comercial, y no en una ley o código especial, sin lugar a dudas, el avance es importante.

El Título IV, bajo el nombre de "Disposiciones de Derecho Internacional Privado", inserto en el Libro Sexto sobre "Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales", consta de 77 artículos ordenados en Capítulos.

El Capítulo I regula los problemas generales del DIPr referentes al derecho aplicable (arts. 2594 a 2600), de los cuales nos ocuparemos en este trabajo. El Capítulo II se dedica a reglas sobre jurisdicción internacional (arts. 2601 a 2612). El Capítulo III contiene la Parte Especial (arts. 2613 a 2671), la que está subdividida en dieciséis Secciones, dedicadas a: Personas humanas (Sección 1ª, arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2ª, arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3ª, arts. 2627 y 2628); Alimentos (Sección 4ª, arts. 2629 y 2630); Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida (Sección 5ª, arts. 2631 a 2634); Adopción (Sección 6ª, arts. 2635 a 2638); Responsabilidad parental e instituciones de protección (Sección 7ª, arts. 2639 a 2641); Restitución internacional de niños (Sección 8ª, art. 2642); Sucesiones (Sección 9ª, arts. 2643 a 2648); Forma de los actos jurídicos (Sección 10ª, art. 2649); Contratos (Sección 11ª, arts. 2650 a 2653); Contratos de consumo (Sección 12ª, arts. 2654 y 2655); Responsabilidad civil (Sección 13ª, arts. 2656 y 2657); Títulos valores (Sección 14ª, arts. 2658 a 2662); Derechos reales (Sección 15ª, arts. 2663 a 2670); y Prescripción (Sección 16ª, art. 2671).

De acuerdo a los fundamentos o exposición de motivos del Anteproyecto, en relación a las disposiciones de DIPr, "se proponen soluciones que resultan familiares a la República Argentina, por plasmar consensos alcanzados gracias a una fluida trama de convenciones internacionales aquí vigentes. En atención a la complejidad intrínseca de las controversias vinculadas a más de un derecho —por los sujetos implicados, por el despliegue de las conductas, por la ubicación de los bienes, etc.— se han preferido soluciones que sean a la

Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos mantuvo la Comisión en el que se hizo una revisión formal (Proyecto 2003).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos”.

En cuanto a las fuentes que sirvieron de inspiración a las nuevas normas, fueron aprovechadas las soluciones ya consagradas en la República Argentina y se incorporaron los aportes que brindan las modernas legislaciones sobre la materia (Código Civil de Quebec de 1994, Libro X; Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza, Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, 1995; Acta Introductoria del Código Civil Alemán, 2009; Código Civil del Perú; Proyecto de Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay; Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela, 1998; Proyecto de Ley Modelo de Derecho Internacional Privado de México, entre otros). Además, fueron ponderados los instrumentos surgidos de otras fuentes, tanto tratados internacionales (Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y 1940; Código de Bustamante de Derecho Internacional Privado de 1928), como convenciones, vigentes en Argentina o no, emanadas de organizaciones internacionales. Muy especialmente, se tuvieron en consideración las disposiciones del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, sin obviar el “Proyecto Goldschmidt” de Código de Derecho Internacional Privado, el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión Decreto 468/92) y el Anteproyecto de reformas a la ley 19.550 de Sociedades Comerciales de 2005.²

En suma, “los principios sobre los que se edifica el DIPr enraízan en el espíritu posmoderno y concretamente, en la adopción de criterios flexibles, en asumir la cooperación jurisdiccional internacional como un deber, en la incorporación expresa de la autonomía de la voluntad destacando así la posibilidad de reconocer a la persona humana una facultad que le compete y en optar por incluir conexiones que responden a la vinculación de las relaciones con los ámbitos espaciales desde una perspectiva lógico-axiológica, dotando al sistema de razonabilidad a la vez que facilitando la armonización de las soluciones” (DREYZIN DE KLOR, 2015).

² Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título IV: Derecho Internacional Privado, 2012. Consultado en: [<http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-del-Proyecto.pdf>] el 10.02.2015.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Finalmente, cabe señalar que las nuevas soluciones se inspiran e impregnan en el derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, la garantía y protección de los derechos humanos orientan a toda solución que se busque para un caso de derecho privado con elementos extranjeros, ya sea a nivel legislativo, nacional o internacional, o bien a nivel jurisprudencial.

Al decir de Erik JAYME (1995), los derechos humanos han cobrado un rol relevante a la hora de resolver los conflictos de leyes, propios del Derecho Internacional Privado.

A continuación, procuraremos analizar, entonces, las llamadas Disposiciones Generales de Derecho Internacional Privado del Código Civil y Comercial de la Nación (Capítulo I).

Antes de dar comienzo, deseamos realizar dos aclaraciones. La primera de ellas: incluiremos en nuestro estudio dos problemas propios del DIPr, con una larga tradición, que el legislador decidió no regular. Nos referimos al problema de las calificaciones y a la llamada cuestión previa.

La segunda aclaración que consideramos importante mencionar es la siguiente: si bien analizaremos las nuevas normas de la llamada "Parte General" del DIPr de fuente interna, es decir las recientemente vigentes disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación, no se nos escapa que en orden de jerarquía, siempre que exista un tratado internacional en la materia que resulte aplicable en virtud de sus ámbitos material, personal, temporal y espacial, sus normas primarán sobre las de carácter interno. Ello, por imperio del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en particular por el artículo 2594, Cód. Civ. y Com., según veremos enseguida.

II. Aplicación del derecho extranjero

El primero de los preceptos que abordan la materia jusprivatista internacional en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es el artículo 2594, que reza:

[n]ormas aplicables. Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

En esencia, se alude a dos factores harto conocidos: por un lado, las normas de Derecho Internacional Privado entran en juego cuando el caso posee al menos un elemento relevante situado en un Estado extranjero³ —y cabría agregar: y se halla en juego el interés de por lo menos un particular o persona de Derecho Privado—; por otra parte, los tratados internacionales vigentes para la Argentina —en su respectivo ámbito de aplicación— tienen prelación jerárquica sobre la legislación de fuente interna, que sólo se aplica en defecto de aquéllos. Ambos extremos son de toda obviedad, el primero para quien conozca al menos el concepto de la disciplina jusprivatista internacional, y el segundo para cualquiera que haya leído el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional tras su última reforma en 1994. Lo dispuesto al comienzo del Título IV no presenta inconveniente alguno, más allá de que pueda lucir como una verdad de Perogrullo; uno debería suponer que a esta altura del “estado del arte” ningún operador jurídico se estaría anoticiando de nada nuevo tras leer el artículo 2594. Por ello, no nos detendremos mayormente en lo allí establecido.

En cambio, más minuciosidad merece lo establecido en materia de aplicación del derecho extranjero. De esta cuestión se ocupa el artículo 2595, según el cual:

Cuando un derecho extranjero resulta aplicable,

a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino;

³ Es acertada la puntualización que marcan ALL y ALBORNOZ (2014) en el sentido de que, en vez de aludirse únicamente a “situaciones” (vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales), tal vez habría sido mejor la referencia a “relaciones jurídicas”, o en todo caso, “situaciones y relaciones jurídicas”, para abarcar así no solamente el *status* o la posición de los sujetos en relación a los derechos y deberes que concentra en determinados tramos de su actividad, sino también al despliegue efectivo de sus conductas, activas y pasivas, en interacción con otros sujetos dentro de una relación social regulada por el derecho.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

b) si existen varios sistemas jurídicos cointegrados con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;

c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

Se trata de un precepto relativamente extenso, y que regula lo que tradicionalmente se ha considerado "*el*" objeto del Derecho Internacional Privado: la resolución del *conflicto de leyes*,⁴ esto es, la elucidación de la norma que debe aplicarse a un caso jusprivatista multinacional. Si bien hoy se reconocen otros dos sectores igualmente importantes en la materia (la competencia judicial internacional y la cooperación jurídica internacional —y en particular, dentro de ésta, el reconocimiento y la ejecución de sentencias, laudos y decisiones extranjeras—), no cabe duda de que el problema del derecho aplicable sigue siendo, si no la columna vertebral, al menos uno de los *grandes temas* de la disciplina.

Para ordenar las ideas, trataremos por separado los tres literales del artículo.

a) El artículo 2595, literal "a")

La lectura del literal "a)" del artículo 2595 es especialmente rica, por la cantidad y la complejidad de los aspectos que regula en materia de derecho extranjero aplicable.

En primer término, hay que tener presente que la redacción viene a zanjar —a buena hora— una anticuada controversia acerca del *tratamiento procesal* que cabe conferir al derecho extranjero, cuestión vinculada y en buena medida derivada de la *naturaleza jurídica*

⁴ Así supo llamarse, en efecto, la disciplina; y aunque hoy se ha preferido abandonar esa denominación (SCOTTI, 2015), subsiste con plena vigencia en los países anglosajones (con la voz "*conflict of laws*").

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

que se le reconozca. Sin ánimo de explayarnos en demasía acerca de las diversas escuelas de Derecho Internacional Privado que han existido a lo largo de los siglos, baste recordar con BIOCCA, CARDENAS y BASZ (1997) que para autores como STORY el derecho extranjero era un mero hecho, a ser invocado y probado por la/s parte/s interesada/s en el proceso, y cuya aplicación —facultativa para el juzgador— no se fundaba en una razón jurídica o de justicia, sino en una mera cortesía internacional (*comitas gentium*) a ser adoptada por utilidad, conveniencia o reciprocidad. También GOLDSCHMIDT se enrolaba en una teoría realista, vitalista o fáctica: las normas jurídicas se consideran “derecho” únicamente en el territorio para el cual fueron dictadas, y por fuera de esas fronteras, aquél se transforma en un hecho; pero a diferencia de la postura de STORY, sostenía que el derecho extranjero era un *hecho notorio*, que como tal debe alegarse por las partes del proceso (porque es un hecho) pero se las exime de su prueba (porque es notorio). Por el contrario, las teorías normativistas o positivistas suponen que el derecho extranjero se aplica como derecho (tal es su naturaleza jurídica, y no la de un hecho), y nuevamente cabe hacer una gran distinción dentro de esta corriente. Para otros juristas de la escuela americana, como BEALE y LORENZEN, ese derecho extranjero requiere para su aplicación en el foro una “nacionalización” (o “incorporación” al ordenamiento nacional) por vía legislativa o judicial, respectivamente. En la concepción de SAVIGNY, en cambio, el derecho extranjero se aplica —incluso extraterritorialmente— como *derecho* y como *extranjero*, con fundamento suficiente en la “comunidad jurídica de Estados”.

En la actualidad, no cabe duda de que un criterio abierto y moderno, respetuoso de la internacionalidad de los casos con elementos extranjeros y que persiga su resolución —al menos en principio— según el derecho más estrechamente vinculado a *lo esencial* de cada situación o relación jurídica (sea nacional o foráneo), debería descartar de plano la teoría de la *comitas gentium* y no justificarse sino jurídicamente la aplicación extraterritorial de la ley extranjera. A su vez, prevalece la tendencia en el sentido de considerar como “derecho” el derecho extranjero (teoría normativista) —y dentro de ésta, como derecho “extranjero”, según lo sostenía SAVIGNY—, si bien concebirlo como un hecho notorio puede no conducir necesariamente a resultados inconvenientes (así, la posición de GOLDSCHMIDT y la teoría del uso jurídico).

El nuevo Código ha seguido estas tendencias, al referirse en términos de deber a la aplicación por los tribunales del derecho extranjero (“el juez *establece* su contenido, y *está*

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

obligado a interpretarlo..."),⁵ todo ello *sin perjuicio* de su alegación y prueba⁶ por las partes. Es claro, pues, el apartamiento de lo previsto en el (tan criticado) artículo 13 del Código de Vélez Sarsfield, que tomando como fuente a STORY indicaba que "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúan las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial".⁷ En cambio, la nueva línea legislativa es conteste con las previsiones en la materia de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo en 1979 (en el marco de la "CIDIP II"):⁸ "Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada" (art. 2); y de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940: "Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada" (art. 2; se refiere a la aplicación de las leyes de cualesquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros, en los casos que determinen los tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho Internacional Privado).

Elucidado el tema liminar de la naturaleza jurídica y el tratamiento procesal del derecho foráneo, sí cabe entonces entrar a examinar la regulación brindada por el artículo 2595 del nuevo Código.

Ya la primera parte del primer literal da lugar a la polémica: "[Cuando un derecho extranjero resulta aplicable] el juez establece su contenido". Se refiere, evidentemente, a los órganos jurisdiccionales argentinos, aquéllos a quienes se dirigen las normas de fuente

5 Para una opinión más escéptica acerca del principio de oficiosidad que surgiría de esta norma, puede consultarse el comentario de PERUGINI ZANETTI (2014). Nosotros volveremos enseguida acerca del alcance de la expresión "[Cuando un derecho extranjero resulta aplicable] el juez establece su contenido".

6 En rigor de verdad, sería preferible la referencia a la "información" y no a la "prueba" del derecho extranjero, si se entiende que este último no se trata de un mero "hecho" a ser acreditado (TELLECHEA BERGMAN, 2014).

7 Y por si quedara alguna duda, la nota al mismo artículo ampliaba: "La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba".

8 En adelante, también "Convención Interamericana sobre Normas Generales" o "CIDIP II sobre Normas Generales".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

interna contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación. ¿Qué quiere decir que el juez argentino “establezca el contenido” del derecho extranjero? ¿Qué facultad es esa, y en qué razonamientos, operaciones intelectuales y potestades concretas consiste? Si —como veremos en el párrafo subsiguiente— se adopta la teoría del uso jurídico, ¿el “contenido” del derecho extranjero no debería venir dado precisamente por ese ordenamiento jurídico, y el juez argentino limitarse a su aplicación? Los términos de esta primera parte del literal “a)” lucen, cuanto menos, vagos, y da motivo a la preocupación el pensar que algunos magistrados puedan tomar esa laxa redacción como un *bill* de discrecionalidad para “establecer” en qué consiste ese derecho foráneo aplicable según pautas y criterios muy variados; no digamos arbitrariamente, pero sí con un margen de interpretación demasiado amplio como para poder considerarse resguardados esos importantes valores que son la previsibilidad y la seguridad jurídica por parte de los justiciables.

Para peor, el problema se acentúa con la última parte del mismo literal, en cuanto dispone: “Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino”. Por un lado, ¿qué debe entenderse por un supuesto donde “no pueda establecerse” el contenido del derecho extranjero? Si la textura de la fórmula legal era demasiado abierta para la idea de “establecer su contenido”, lógicamente la misma crítica valdrá para la previsión de que ello *no pueda hacerse* por el juez. Por otra parte, si se interpretara la letra del precepto como relativa al *acceso*, al *conocimiento* y a la *información* acerca de la normativa foránea, su vigencia y sus alcances, hay que dejar en claro que en una abrumadora mayoría de los casos, el juez tendrá a su disposición los medios y recursos electrónicos necesarios para obtener esa información con facilidad y rapidez. Finalmente, la solución prevista para estos supuestos de “imposibilidad de establecer el contenido del derecho extranjero” es la aplicación directa del propio ordenamiento sustantivo nacional. Dos preguntas sobre este punto: ¿por qué no haber dispuesto, en cambio, la aplicación del derecho material más estrechamente vinculado con el caso (que puede ser tanto el argentino como algún otro), de manera coherente con el principio flexibilizador y de localización *in concreto* que inspira fundamentalmente el artículo 2597 (ver acápite IX del presente trabajo)? Y en este contexto, ¿no es dable temer que esta hipótesis contemplada en la última parte del artículo 2595, literal “a)” termine siendo invocada no sólo en las pocas y excepcionales ocasiones en las que ello realmente corresponda dada la complejidad del caso jusprivatista multinacional —que los hay, en la práctica, *extremadamente complejos*—, sino por falta de esfuerzo de los jueces en investigar, conocer, comprender, interpretar y aplicar un derecho extranjero, generalmente menos conocido por ellos que el propio derecho argentino? No se trata, como es natural, de poner en tela de juicio la elevada y necesaria tarea judicial; pero no es menos cierto que el Derecho Internacional Privado es una materia

tan crecientemente relevante como enrevesada y difícil de asir intelectualmente, de suerte que no es poco habitual —por desgracia— encontrar sentencias incluso de tribunales de apelación donde parecen ignorarse los principios más básicos que rigen la disciplina.

En síntesis, ¿cómo no dudar entonces del acierto y de la calidad jurídica que tendrán los decisorios que —en concreto— deberá dictar cada juez o tribunal en los casos que se les planteen, aplicando el derecho foráneo designado por la norma de conflicto? Si a la amplitud en esa determinación de su "contenido" se adiciona la circunstancia, y en algunos casos hasta podría decirse *el incentivo*, de que ante la invocación de "no ser posible" esa determinación se aplicará la *lex fori*, los resquemores que nos plantea el precepto comentado quedan a todas luces evidenciados.

b) El artículo 2595, literal "b)"

A diferencia del comentado en el subacápite anterior, los dos restantes literales del artículo 2595 nos merecen una opinión positiva. En el literal "b)" se da solución a dos hipótesis diferenciadas, ninguna de las cuales se hallaba contemplada en el Código Civil de Vélez Sarsfield: por un lado, el supuesto de que existan "varios sistemas jurídicos covingentes con competencia territorial o personal"; y por otra parte, que se "sucied[a]n diferentes ordenamientos legales". Lo primero tiene lugar cuando el derecho extranjero al que remite la norma de colisión se trata de un sistema jurídico plurilegislativo: así, por ejemplo, los diversos ordenamientos cantonales en Suiza, las distintas legislaciones estatales en los Estados Unidos de América, los derechos forales catalán, aragonés, balear, navarro, gallego y del País Vasco en el Reino de España —que coexisten con su derecho común, recogido en el Código Civil—, etcétera. El segundo escenario, es decir, el de la sucesión de distintos ordenamientos jurídicos, tiene lugar cuando operan cambios o reformas legislativas, y se reemplaza un plexo normativo vigente por otro. Se trata de una delicada faz del derecho (tanto en casos internos como internacionales)⁹ a la que se ha dado en denominar "derecho

⁹ No es pertinente abordarlo en este texto, pues excedería su objeto, pero es muy interesante el debate que —a nivel de derecho privado interno— se ha dado y se sigue dando en nuestro país con respecto a la vigencia del nuevo Código para gobernar las situaciones y relaciones jurídicas privadas *constituídas con anterioridad* al 1º de agosto de 2015, pero que *producen efectos y consecuencias jurídicas* (y se plantean judicialmente ante los tribunales) *con posterioridad* a esa fecha (art. 7, Cód. Civ. y Com.). Lo mismo cabe decir con respecto al artículo 3 del Código Civil velezano reformado en 1968 por la Ley N° 17.711, que reproduce casi literalmente el artículo 7 del nuevo Código y que, como bien marca UZAL (2015: 51), "torna vigente la rica elaboración doctrinaria y jurisprudencial civilista que nos

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

intertemporal”, “derecho transitorio”, “conflicto intertemporal”, “conflicto de leyes en el tiempo”, etc.

Para ambos supuestos, coincide lo establecido por el nuevo Código: en primer término, la elucidación del derecho aplicable debe definirse a raíz de las reglas que rijan en el Estado al que dicho derecho pertenece. En los ejemplos ofrecidos, el juez argentino que deba aplicar al caso derecho suizo, estadounidense o español, habrá de indagar cómo procedería un juez del Estado correspondiente, según los mecanismos que prevea su propio ordenamiento, para resolver los problemas que plantea la existencia de un ordenamiento nacional plurilegislativo o la de un conflicto intertemporal de normas.¹⁰ Como se puede advertir sin dificultades, se trata de una solución natural y coherente al haberse adoptado la teoría del uso jurídico.

Ahora bien, puede darse el caso de que esas reglas no existan en el ordenamiento jurídico del país cuyo derecho se debe aplicar; o bien que, existiendo, dadas las particularidades del caso fracase su conceptualización, interpretación o funcionamiento (sin ir más lejos, si el literal “a”) admite que el contenido del derecho extranjero pueda no ser establecido, razonando *a maiori ad minus* debe colegirse que los mecanismos de resolución de los escenarios más puntuales contempladas en el literal “b”) también pueden no ser susceptibles de determinación). Reconociendo esa posibilidad, el precepto prevé una solución subsidiaria: corresponde proceder según las normas del ordenamiento jurídico que presente los vínculos más estrechos con el caso (dentro de los conectados con aquél). Se trata también de una solución plausible, toda vez que resulta suficientemente flexible y orientada a respetar la proximidad de los elementos del supuesto multinacional con la ley

ha acompañado desde la reforma introducida por la ley 17.711”. Por lo demás, puede profundizarse el tema en BORDA (1969) o MORELLO (1973).

10 Para un estudio más profundo del derecho transitorio en materia jusprivatista internacional —que, insistimos, es harto dificultoso—, puede compulsarse el artículo de María Elsa UZAL (2015), quien termina por postular que el orden (en cascada) a seguir en el examen del ordenamiento en el que se suscite el conflicto de normas en el tiempo es el siguiente: (i) soluciones autónomas de Derecho Internacional Privado transitorio, especialmente elaboradas por el legislador para el caso de sucesión temporal de normas; (ii) en su defecto, se determinará si existen normas especiales de derecho transitorio propias del nuevo ordenamiento de que se trata; (iii) en defecto de aquéllas, se acuridá a las normas generales del derecho transitorio interno del sistema de derecho aplicable; (iv) fracasado también ese contacto, se buscará la integración analógica con las reglas “del sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate” [ver último párrafo del presente subcapítulo]; y (v) por último, si ello tampoco diere resultado, el derecho elegido por la norma de conflicto.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

que habrá de regularlo; es coherente con la "cláusula de excepción" del artículo 2597 y la filosofía que la inspira, y —opinamos— más apropiada que la aplicación "del derecho argentino" como criterio residual que propone el literal "a)", *in fine*.¹¹

c) El artículo 2595, literal "c)"

La última parte del artículo 2595 prevé una realidad no poco frecuente en los casos jusprivatistas multinacionales, cual es la posibilidad de arribar, *prima facie*, a un resultado manifiestamente incoherente o injusto si a cada aspecto de una misma situación o relación jurídica, o a cada una de ellas en el contexto de un mismo caso, se aplica estrictamente la norma de conflicto que corresponde. Y es que estas diversas normas de colisión pueden remitir a distintos derechos aplicables, que al no haber sido dictados —por cada Estado en el que rigen— para funcionar "juntos" en un mismo supuesto, pueden arrojar una consecuencia jurídica indeseable o inicua en el caso concreto.

Para fijar las ideas con un ejemplo, entre tantos posibles, puede pensarse en el fallecimiento de una persona casada, titular de bienes dispersos en varios países, y a su respecto la situación patrimonial del cónyuge supérstite. Las normas indirectas del foro pueden remitir al derecho del Estado "A" (primer domicilio conyugal) para regular lo atinente a la disolución del régimen patrimonial del matrimonio; y al derecho del Estado "B" (último domicilio del causante) para determinar cómo se defiere la sucesión. A su vez, supongamos que la ley de "A" no reconoce la participación del cónyuge supérstite en los bienes gananciales relictos (pero sí le adjudica una porción en carácter de heredero), mientras que el ordenamiento de "B" excluye de la herencia de los bienes gananciales del premuerto al cónyuge supérstite (porque previamente le otorga una porción como "socio" de un régimen de comunidad o de participación). ¿Qué ocurre en este escenario si se aplican a rajatabla las normas de colisión correspondientes a cada aspecto de la situación jurídica del cónyuge supérstite? Según se advierte, éste no participaría en modo alguno de los bienes gananciales de quien fuera su esposo/a. Tal no es la solución prevista ni querida por ninguno de los dos derechos llamados a aplicarse en el caso: en "A" participaría como heredero, y en "B" como integrante de un régimen patrimonial-matrimonial. *A nivel interno*,

¹¹ Es claro que un ordenamiento no plurilegislativo no podría *exportar* su solución para la determinación del derecho aplicable por remisión a un sistema plurilegislativo, pues en aquél mal podría haber regla alguna sobre el tema. Sin embargo, sí podría pensarse en resolver conforme los mecanismos de la *lex fori* (así sea como criterio subsidiario) la problemática del derecho transitorio, la cual sí suele estar contemplada en los derechos internos con carácter general.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

en ambos Estados la situación se resolvería de un modo coherente y más o menos equitativo, pero en el *supuesto jusprivatista multinacional*, la solución carecería de coordinación y de justicia material en el caso concreto.

Para corregir estas situaciones, es preciso echar mano de la así denominada labor de “adaptación” o “armonización”, que consiste en la operación a realizar por el juez consistente en efectuar los ajustes necesarios para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de los derechos aplicables en virtud de la norma de conflicto. También se lo conoce como “método sintético-judicial” (GOLDSCHMIDT, 1970), y es que esta tarea de “sintetizar” o “integrar” los diversos fragmentos de legislaciones yuxtapuestas ha de llevarla a cabo, en cada supuesto puntual, el órgano jurisdiccional a quien compete resolver el caso, y es siempre *ex post facto* (a diferencia del método analítico-analógico, que es *previo* y se dirige en primer término al legislador).¹²

En fin, el artículo 2595, literal “c)” ha capturado y resuelto adecuadamente esta problemática. Si bien a lo largo de todo el Código se brindan normas de colisión que podrán remitir a derechos extranjeros distintos en el marco de un mismo caso, su aplicación *prima facie* no escapa a la armonización o adaptación por parte del juzgador, cuando surja tal necesidad de las circunstancias del caso.

III. Calificaciones

Luego de abordar la aplicación extraterritorial del derecho extranjero, que constituye —como se ha dicho— el núcleo tradicional del Derecho Internacional Privado, pasamos al primer “problema” que presenta la aplicación de la norma indirecta: el de las calificaciones. Se trata del “primer” problema a considerar porque desde una perspectiva lógica, no tiene mayor sentido realizar ningún otro razonamiento sobre el caso jusprivatista multinacional sin antes haber determinado el concepto y alcance de los términos empleados en la norma de conflicto.

¹² De manera concordante, establece la ya mentada CIDIP-II sobre Normas Generales: “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto” (art. 9).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Según se sabe, existen tres elementos en la norma de colisión: el presupuesto de hecho o tipo legal, que es la situación a regular jurídicamente; el punto de conexión —característico de este tipo de normas, que son las *clásicas* del Derecho Internacional Privado—, el cual haciendo uso de uno o más factores considerados relevantes para el caso (nacionalidad o domicilio de las personas, lugar de situación de los bienes, lugar de celebración del acto, lugar de cumplimiento de un contrato, entre muchos otros) vinculan la situación a resolver con el territorio cuyo ordenamiento jurídico habrá de aplicarse; y la consecuencia jurídica propiamente dicha, que viene dada por la solución concreta que dará al caso ese derecho *conectado* o designado como aplicable.¹³

Sobre cualquiera de estos tres aspectos puede plantearse un conflicto de calificaciones. Por ejemplo: se tiene una demanda de responsabilidad por incumplimiento contractual, entablada por una parte domiciliada en un Estado "A" frente a otra domiciliada en un Estado "B", ante los jueces de este último país. La accionada opone excepción de prescripción, que según el derecho de "B" es una cuestión procesal, mientras que para el ordenamiento de "A" es una institución sustantiva: ¿cómo debe el juez de "B" considerarla entonces? La respuesta tiene implicancias prácticas relevantes, pues la ley a aplicar puede ser diversa según se la califique de uno u otro modo (por ejemplo, se regirá por la *lex fori* o por la ley aplicable al fondo del contrato, respectivamente). Otro tanto puede ocurrir si la divergencia se da en el concepto del punto de conexión (verbigracia, uno de los ordenamientos vinculados al caso fija el "domicilio" según el dato fáctico de dónde se encuentra la persona, mientras que el otro lo hace de acuerdo a parámetros jurídicos —conduciendo a la aplicación de distintos derechos—) o en la consecuencia jurídica propiamente dicha (por caso, se llega a la conclusión de que un acto jurídico contenido en el caso debe tenerse por nulo, pero la noción y los alcances de la nulidad no coinciden en el derecho vigente en ambos Estados).

Ante esta problemática, conocida ya desde fines del siglo XIX, la doctrina jusprivatista internacional ha desarrollado algunas posibles respuestas al estudiar el tema con el correr de los años.

¹³ No nos adentraremos en la disquisición (meramente teórica, por lo demás) de si la norma indirecta tiene tres o dos "partes" (según se considere el punto de conexión, respectivamente, ya como elemento autónomo, ya como contenido en la consecuencia jurídica —aunque separado en tal caso de la consecuencia jurídica en sentido estricto, que viene dada por el derecho designado como aplicable—).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

En primer lugar, puede realizarse la calificación de los términos de la norma indirecta según el ordenamiento material del juez que entiende en el caso: es decir, conforme la *lex fori* (o, en rigor, la *lex civilis fori*). Es la tesis sostenida por Etienne BARTIN y Franz KAHN, a quienes se atribuye el “descubrimiento” del problema de las calificaciones. Supone una operación generalmente menos dificultosa para el juzgador, y en la cual éste se atiene a la definición y la extensión que a los términos de la norma indirecta dio el legislador de su propio Estado. Empero, se critica que esta corriente puede resultar excesivamente cerrada, forista o chauvinista, y que da lugar a una inconveniente disociación o “divorcio” del derecho que define y el derecho que reglamenta (GOLDSCHMIDT, 1970).

La solución “contraria”, por cuanto se la suele contraponer en un binomio con la anterior, es la de efectuar la calificación de los elementos de la norma de colisión de acuerdo al derecho sustancial que habrá de aplicarse al fondo del caso: esto es, según la *lex causae* (o, estrictamente, la *lex civilis causae*). Atribuida principalmente a Frantz DESPAGNET, adquiere su fuerza en la superación de las críticas a la calificación según la *lex fori*: por un lado, se resguarda la coherencia entre el derecho sustancial que se termina aplicando y el ordenamiento que fija la noción y los alcances de los términos de la norma que conduce a esa aplicación; y por otra parte, resulta en sí misma más respetuosa del derecho extranjero, por cuanto esa calificación previa impuesta por la propia ley del foro no se “exporta” al derecho extranjero aplicable, al que aquélla resulta extraña. No obstante, esta solución tampoco está exenta de críticas, entre las cuales hay una que es en verdad convincente: si la calificación de los elementos de la norma de colisión es la que permite “arribar” al derecho aplicable (pues a través de esa operación se precisan los términos de la norma de conflicto), ergo realizar esa calificación según el ordenamiento aplicable es ilógico, porque este último no puede conocerse con carácter previo a la calificación. En otras palabras, se incurre en una suerte de razonamiento circular, donde la conclusión se antepone a las premisas: sólo tras haber realizado la calificación, y una vez determinado el derecho aplicable según la norma indirecta que corresponda, puede conocerse la *lex causae* que resolverá el fondo del asunto.

Modernamente, hay recursos a los que suele echarse mano para salir de este abstracto y complejo intrínquilis.

Por un lado, es habitual encontrar calificaciones *autónomas* o *autárquicas*, en las cuales es el mismo autor de la norma de colisión quien se encarga de definir *a priori* cómo deben conceptuarse sus elementos. En este caso la solución es sencilla e indubitable, porque se encuentra contenida en el mismo instrumento: ¿hasta qué edad debe considerarse *menor* a un niño o adolescente en el marco de la Convención Interamericana sobre Restitución

Internacional de Menores (celebrada en Montevideo en 1989, en el marco de la "CIDIP IV")? La respuesta no debe buscarse sino en el mismo tratado, que la contiene en su artículo 2°: "Para los efectos de esta Convención se considera menor a toda persona que no haya cumplido dieciséis años de edad". Hay innumerables ejemplos de este tipo de calificaciones autónomas, en muy variados temas, en el derecho argentino y comparado de fuente interna, internacional y supranacional.

Por otra parte, y en defecto de calificaciones autárquicas aplicables al caso, es también plausible discernir el razonamiento a efectuar según se trate de la calificación del tipo legal, del punto de conexión o de la consecuencia jurídica propiamente dicha.¹⁴

Cuando se trata del punto de conexión, estamos quizás frente al caso que menor dificultad plantea, toda vez que a su respecto la calificación según la *lex causae* es *absolutamente circular*. Habida cuenta de que —por ejemplo— una norma indirecta puede indicar que la sucesión mobiliaria de una persona se regirá por la ley de su último domicilio, no hay otra forma de dar con el derecho aplicable más que a través del punto de conexión (previamente definido), y no hay otro posible derecho definidor que el del propio ordenamiento del foro al que aquella norma de colisión pertenece. ¿Con arreglo a qué otro derecho "aplicable al fondo" habrá de definirse el punto de conexión, si sólo a través de éste puede arribarse a aquél? La circularidad es insalvable en este caso.

Por el contrario, si de la consecuencia jurídica propiamente dicha se trata, un criterio amplio y a *coherencia* conduciría a calificar este elemento según la *lex causae*. Nótese que una vez precisada la noción y el carácter del presupuesto fáctico y definido el punto de conexión que llevará al derecho aplicable, *si se conoce*, en este punto del razonamiento, qué plexo jurídico resolverá la cuestión de fondo. No hay ninguna contrariedad lógica en aplicar las disposiciones materiales de ese ordenamiento para calificar las figuras contenidas en la solución jurídica por las que se resolverá el caso; y se logra, a su turno, no disociar el "derecho que define" del "derecho que reglamenta", ni extrapolar forzosamente las propias nociones del foro al ordenamiento jurídico extranjero por el que habrá de regularse el tipo legal.

¹⁴ A esta división del problema en la calificación de la norma de Derecho Internacional Privado (según la *lex fori*) y la calificación del derecho aplicable (según la *lex causae*) se la denomina "teoría de la coordinación" (BIOCCA, 1973).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Sin embargo, la calificación del presupuesto de hecho es precisamente la que más complicaciones ofrece, dado que tanto la calificación según la *lex fori* como de acuerdo a la *lex causae* presentan sus ventajas e inconvenientes —según ya se ha analizado—, y ninguna resulta ni inviable ni manifiestamente provechosa en su aplicación. Ante este escenario, existen diversas hipótesis que podrían adoptarse para resolver la problemática: tal es su complejidad que frecuentemente se ha aludido a ella como la más intrincada de la disciplina, e incluso *irresoluble*.¹⁵

El nuevo Código no se ha hecho cargo de proveer una regulación legal general al problema de las calificaciones. Según se expresa en sus fundamentos, “se ha considerado conveniente no introducir una regulación para el problema de las ‘calificaciones’ pues se trata de un tópico en el que es preferible dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos”.¹⁶

No compartimos este camino seguido por el nuevo Código. Es cierto que el tema presenta un elevado grado de abstracción y de dificultad, tal que se vuelve difícil de ser captado en una norma de manera apriorística y general; pero no es menos cierto que lo mismo podría predicarse de los demás “problemas generales” del Derecho Internacional Privado, también complejos todos ellos y que no por tal razón se han dejado de regular. Además, toda norma jurídica expresa los problema en abstracto, y deja a los jueces la solución del problema concreto a partir de aquella (MENICOCCI, 2014). No: dada la importancia de las calificaciones en el razonamiento conflictual, habría sido deseable que, ante la imposibilidad de una regulación *absoluta*, se hubieran brindado al menos algunas pautas generales sobre las que —por cierto— existe relativo consenso en la actualidad (tales como la calificación del punto de conexión de acuerdo a la *lex fori*, por ejemplo).

En tal sentido, es más apropiada la manera en la que en su momento supo encarar el tema el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003: luego de establecer una serie de calificaciones autárquicas, el artículo 6° disponía que “salvo disposición en contrario, los puntos de conexión se califican por el derecho argentino”, mientras que “los

¹⁵ No pocas veces se dice y escucha en clases, disertaciones y conversaciones relativas a la materia, que “quien entiende ‘calificaciones’, entiende el Derecho Internacional Privado”.

¹⁶ El mismo argumento es retomado por UZAL (2012) en uno de sus comentarios al nuevo Código (extremo por demás coherente, puesto que se trata de una de las coautoras del “Título IV”).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

demás conceptos utilizados por las normas de Derecho Internacional Privado se definen de acuerdo con el derecho declarado aplicable". Tal solución ganaba en seguridad jurídica; el nuevo Código, por el contrario, quedó lagunoso en la materia.

IV. Reenvío

Hay otro interrogante que plantea la norma de conflicto, cuyo examen resulta alambicado y la respuesta que se le dé, relevante. Cuando la norma indirecta designa la aplicación de un derecho foráneo, *¿a qué parte de ese ordenamiento se refiere?* En concreto: *¿debe aplicarse el derecho material interno del foro, o la totalidad de ese ordenamiento, lo que incluye en particular a las normas de Derecho Internacional Privado de ese plexo jurídico?* Tal es el que se conoce como el problema del "reenvío", o de "la cantidad de derecho extranjero aplicable".

Desde su "descubrimiento" hacia el último cuarto del siglo XIX,¹⁷ tanto en la doctrina y en la jurisprudencia como en las legislaciones mismas del derecho comparado se han esbozado distintas posturas con respecto al reenvío. Una de ellas, que supone la aplicación de las normas sustanciales del Estado a cuyo derecho remite el punto de conexión (excluyéndose sus normas de Derecho Internacional Privado) es la conocida como "teoría de la referencia mínima", e implica el rechazo del reenvío. Por el contrario, quienes adhieren a la "teoría de la referencia máxima" consideran que cuando una norma de colisión designa un derecho extranjero aplicable, refiere a éste como un todo integral, de suerte que se debe aplicar el orden jurídico foráneo como una unidad, lo que incluye desde luego las normas de Derecho Internacional Privado que rijan en ese sistema (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003).¹⁸ Esta última es la posición que admite el reenvío: sin el presupuesto de la referencia máxima,

¹⁷ Se suele fijar como "nacimiento" de la problemática del reenvío al *leading case* "Forgo", fallado por la Corte de Casación francesa en 1878. No habremos de desarrollar el caso en este espacio, pero puede hallárselo en numerosas obras de Derecho Internacional Privado, por ejemplo en GOLDSCHMIDT (1970: 219-20) o SCOTTI (2015: 61).

¹⁸ Menor predicamento tiene la denominada teoría de la referencia media o del desistimiento: considera que "la regla de Derecho Internacional Privado del juez cuando se remite al derecho extranjero lo hace al derecho sustancial y al derecho interno privado —reglas de conflicto—, pero es necesario que la regla extranjera acepte esa remisión y admita la aplicación de su propio derecho; si la regla extranjera declara inaplicable su derecho interno se considera que ha desistido y entonces el juez regresa a su propio Derecho Internacional Privado para buscar puntos subsidiarios que indiquen como aplicable cualquier otro derecho, que no tiene por qué ser el derecho material del juez" (BASZ y CAMPANELLA, 1999: 118).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

integral o global, falla una de las condiciones constitutivas de la figura analizada (ALFONSÍN, 1955)

A su vez, se reconocen diversos tipos, clases o categorías de reenvío, atendiendo al ordenamiento jurídico al que remite el sistema de Derecho Internacional Privado del plexo jurídico conectado. Una primera hipótesis, que es necesario distinguir pero no configura en verdad un caso de reenvío (sino de *aceptación*), se da cuando la legislación extranjera declara aplicable su propio derecho interno. Por el contrario, sí hay reenvío cuando esa ley extranjera a la que remitió la norma de conflicto local conduce al derecho interno del Estado del propio juez: se lo conoce como *reenvío de primer grado*, y supone para el juzgador la aplicación de su propia *lex fori*.¹⁹ También lo hay si la norma indirecta del ordenamiento conectado por el Derecho Internacional Privado del juez remite al derecho de un tercer Estado, es decir, uno distinto a los dos anteriores: se estará entonces ante un *reenvío de segundo grado*.²⁰ Finalmente, se configura el así denominado *doble reenvío* cuando la norma de conflicto extranjera conduce nuevamente al ordenamiento del juez, pero entendiéndose como tal el Derecho Internacional Privado del foro: en este caso, la norma indirecta local remitiría una vez más al derecho extranjero (debiéndoselo entender, en principio, con un alcance integral), de tal suerte que se genera un juego de remisiones circulares (a veces elocuentemente denominado “ping-pong internacional”). Desde luego, debe ponerse fin a

19 Por supuesto, esa solución no es directa, inmediata ni automática (no se debe razonar un caso jusprivatista multinacional como si fuera local, y aplicar sin más la legislación sustancial interna), sino que resulta en primer lugar de la norma de conflicto local, en segundo término de la aceptación de la teoría del reenvío, y finalmente de la norma indirecta del derecho designado como aplicable que remite a su vez al derecho interno del Estado del propio juez.

20 Si se entiende esta nueva remisión como referida al derecho de ese tercer Estado *integralmente considerado* (porque el derecho conectado por la norma de colisión del juez *también* adopta la teoría de la referencia máxima, y por ende un juzgador de ese país tendría en cuenta seguramente en su sentencia las normas de Derecho Internacional Privado del tercer Estado), puede ocurrir que las normas de conflicto de este último supongan la *aceptación* de la competencia legislativa o bien que remitan una vez más al ordenamiento del juez, al del Estado cuyo derecho fue designado aplicable por la *lex indirecta fori*, o incluso a un cuarto Estado, en un reenvío ulterior. De todas maneras, estos casos no son demasiado frecuentes: en alguna etapa del razonamiento, o bien uno de los ordenamientos rechaza el reenvío, o bien los puntos de conexión coinciden. Recordemos que los criterios de conexión son escogidos por cada legislador —en principio— en base a un criterio de *justicia de la localización*, por el que se procura regir el caso jusprivatista multinacional por el derecho más estrechamente vinculado a él; y a pesar de la diversidad de plexos normativos en el derecho comparado, no suele haber *tantas* opciones a la hora de seleccionar el elemento central, caracterizante y por ende “conector” de cada situación o relación jurídica.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

esta situación de alguna manera: ya sea a través de la aplicación de la *lex fori*, ya de la del derecho material interno foráneo al que conduce (por segunda vez) la *lex indirecta fori*.

Como enseñan FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (1991: 494), el reenvío ha sido criticado en tanto "desvirtúa los criterios materiales que sustentan el mandato de aplicación de la norma de conflicto del foro, máxime cuando el principio de base radica en que la remisión al derecho extranjero se entiende hecha a su derecho material", y también teniendo en cuenta que su utilización debe ser indiscutiblemente rechazada en ciertos sectores, tales como el de las obligaciones contractuales, en los que el reenvío vaciaría de contenido la elección del derecho aplicable efectuada por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Sin embargo, también se ha argumentado que la legislación extranjera forma un todo indivisible (así, en el célebre caso "Forgo"); que considerar únicamente el derecho material extranjero, dejando de lado sus reglas de conflicto —que tal vez indicarían la aplicación de otro derecho—, afecta la soberanía de ese Estado (BASZ y CAMPANELLA, 1999); y que el recurso al reenvío puede ser positivo en la práctica, a fin de evitar desarmonías o resultados injustos o no queridos por el legislador (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2001).²¹

La recepción del reenvío es disímil en la legislación comparada, de fuente interna e internacional. Lo admiten la ley polaca de 1926 y la ley japonesa de 1898 respecto del estatuto personal; se oponen a su aplicación el Código de Brasil de 1942, el rumano, el italiano de 1942, Egipto y Siria; también lo rechaza el Convenio bilateral argentino-uruguayo sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito y su correlativo tratado del Mercosur, el Protocolo de San Luis de 1996, pero lo adopta la Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero de 1956; y en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de la materia ("CIDIP II"), donde habría sido esperable la regulación del reenvío dado el objeto del instrumento, ello no fue posible por no haber acuerdo en las negociaciones acerca de la admisión o la negación de la figura en términos generales (BASZ y CAMPANELLA, 1999; SCOTTI, 2015).

El nuevo Código, como bien lo señala RODRÍGUEZ (2015: 816), "viene a introducir una gran modificación en nuestro sistema con la adopción expresa del reenvío, cuando tanto su inclusión en el Código de Vélez Sarsfield y otras leyes, como su conveniencia de aplicación

²¹ Puede verse como ejemplo el caso del matrimonio griego ortodoxo "Caraslanis", desarrollado por la autora en dicha obra (pp. 210-1).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

era fuertemente debatida por la doctrina, y prácticamente ignorada por los tribunales”. En concreto, el artículo 2596 dice así:

Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino.

Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario.

El primero de los párrafos del artículo tiene dos partes u oraciones. En la primera se establece —según lo entendemos— una pauta general por la que se acepta el reenvío, como institución en sí misma, en el Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna. Más allá de los méritos o inconvenientes que pueda presentar la figura (conforme se los ha examinado precedentemente), lo cierto es que la adopción de la teoría de la referencia máxima era la única coherente con la teoría del uso jurídico también receptada en el nuevo Código. Ya hemos analizado (y criticado) el artículo 2595, literal “a)”, según el cual el juez “establece el contenido” del derecho extranjero y “está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece”. Más allá del reproche que merece la fórmula “establece su contenido”, como si fuera una facultad discrecional del juzgador, supondremos que éste —por respeto al ordenamiento extranjero y a la internacionalidad del caso— “establecerá” el contenido del derecho foráneo *según lo que ese derecho foráneo efectivamente dice* (incluso aunque requiera un esfuerzo de investigación e interpretación algo mayor que la declaración de “imposibilidad de ser establecido” del derecho extranjero, lo que conduciría —también reprochablemente— a la conocida *lex fori*). Así las cosas, sólo admitiendo el reenvío se logra esa “sentencia que con el máximo grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero en el supuesto caso de que el aspecto de la contienda, sometido a su Derecho, realmente se hubiese radicado en su jurisdicción (teoría del uso jurídico)” (GOLDSCHMIDT, 1970: 1004); y ello es así porque ese juzgador extranjero no consideraría su derecho material interno ante un supuesto jusprivatista multinacional, sino sus normas de Derecho Internacional Privado.

Ahora bien, la segunda parte del primer párrafo del artículo 2596 tiene dos lecturas posibles. La primera, literal, indica que si el derecho conectado (integralmente considerado)

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

designara a su vez como aplicable al caso el derecho argentino (es decir, configurándose la hipótesis del reenvío de primer grado), entonces deben aplicarse las normas del derecho interno argentino. No se trataría más que de una innecesaria redundancia, ya que la misma solución se colige del principio general establecido por la aceptación en sí del reenvío (art. 2596, primer párrafo, primera parte) juntamente con la teoría del uso jurídico (art. 2595, literal "a", primera parte); *salvo* que se interpretase que, en definitiva, sólo se está regulando el reenvío de primer grado *sin dar solución* a los demás tipos de reenvío. En tal sentido se orienta la opinión de RODRÍGUEZ (2015: 816) para quien "la regulación resulta incompleta, ya que sólo aplica el reenvío de primer grado, sin indicar la forma de resolver los posibles reenvíos en grado sucesivo". En cambio, de acuerdo a una segunda interpretación —al menos desde la teoría—²², de los preceptos normativos prenombrados fluye nítida la resolución de los demás casos de reenvío: si el derecho conectado remitiera a su vez, en virtud de sus propias normas de Derecho Internacional Privado, al ordenamiento de un tercer Estado, cabrá aplicar este último toda vez que es así como más probablemente procedería un juez del Estado a cuya legislación remitió nuestra *lex indirecta fori* en primer lugar. Es decir, habrá que aceptar también la hipótesis del reenvío de segundo grado, en tanto otra respuesta resultaría incoherente con la teoría de la referencia máxima y la teoría del uso jurídico en la que se ha enrolado el Código Civil y Comercial.

En cuanto al supuesto restante por analizar, que es el del doble reenvío, es allí donde adquiriría sentido la segunda lectura posible del artículo 2596, primer párrafo, segunda parte: si el derecho designado por la norma de conflicto argentina *también* aceptara el reenvío, entonces un juez de ese otro Estado tendría que fallar como lo haría el juzgador argentino conforme su propio Derecho Internacional Privado, que nuevamente lo remitiría a aquél ordenamiento, provocándose el referido "ping-pong internacional". En esta otra interpretación del precepto comentado, su redacción vendría a dar solución precisamente a este problema: cuando las normas de Derecho Internacional Privado extranjero conducen al derecho argentino nuevamente, entonces en esta *segunda remisión* se considera y aplica el derecho interno de la República.

²² No negamos que, en la práctica, es muy probable que más de un juzgador se sienta tentado de aplicar plenamente el reenvío de primer grado —expresamente contemplado—, por cuanto supone la resolución más cómoda del caso según la conocida *lex fori*, que de razonar en clave de reenvío de segundo grado, donde hay que indagar ya en el ordenamiento (incluidas no sólo normas de derecho interno, sino de Derecho Internacional Privado) de al menos *dos* Estados extranjeros.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Por último, en el párrafo final del artículo 2596, que es concordante con lo establecido en el artículo 2651, literal “b)” en materia de contratos internacionales, se ha contemplado el rechazo del reenvío cuando las partes han practicado un acuerdo de elección de derecho; ello es lógico y plausible, y la doctrina en general es pacífica en este punto. Cuando las partes designan un derecho aplicable en ejercicio de su autonomía de la voluntad (en materias disponibles, desde luego), es previsible que han querido regir sus relaciones jurídicas por el derecho sustancial del ordenamiento jurídico escogido, y no por su Derecho Internacional Privado que podría remitir a las normas materiales de un Estado no tenido en cuenta al momento de practicar la elección. Va de suyo que nada impide que, si así expresamente lo manifiestan las partes (y en ejercicio de esa misma autonomía de la voluntad que el legislador les reconoce), se considere aplicable el derecho elegido en su integralidad (lo que incluye las normas de colisión relativas a esa categoría jurídica); pero no es tal cosa lo que se debe presumir como principio general.

V. Cuestión previa

El problema de la cuestión previa surge “cuando el caso que se le presenta al juez involucra más de una categoría, y la resolución de aquella que constituye el objeto del litigio (cuestión principal) está condicionada por la resolución de otra categoría involucrada en el caso (cuestión previa, preliminar o incidental)” (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003: 292).

La resolución de la cuestión previa opera como presupuesto de la principal. Sin resolver la primera, no se puede pasar a la solución del objeto central de la controversia.

Sin embargo, cabe destacar que la llamada cuestión previa es una problemática jurídica que goza de la entidad suficiente como para plantearse como cuestión principal, aunque en el caso se presente como preliminar.

En este sentido, RIGAUX (1985) critica los propios términos de “cuestión principal” y “cuestión previa” que expresan la subordinación de la segunda a la primera. Esta dependencia tiene como marco el proceso: la primera cuestión es llamada “principal” porque constituye el objeto de la demanda originalmente sometida al juez. La lógica y también el transcurso del tiempo piden la inversión de esta relación: la cuestión previa es lógicamente la primera, pues es la que impera sobre la cuestión principal, de la misma forma que la causa precede a sus efectos.

La jurisprudencia ha ilustrado este tema con casos en los que se plantea la necesidad de resolver la validez de un matrimonio (cuestión previa), para determinar la vocación hereditaria del cónyuge supérstite en la sucesión del causante (cuestión principal); o la validez de la adopción (cuestión previa) para determinar la vocación hereditaria del adoptado en la sucesión del adoptante (cuestión principal),²³ o para determinar la condición de acreedor alimentario en un reclamo por alimentos (cuestión principal). Son cuestiones autónomas, independientes, pero que en el caso concreto se presentan íntimamente entrelazadas desde un punto de vista principalmente procesal.

Entonces, en estos supuestos el interrogante que es necesario responder es: ¿el juez competente resolverá la cuestión previa conforme a la norma de conflicto de su propio ordenamiento jurídico (teoría de la equivalencia), o conforme a la norma de conflicto del orden jurídico del Estado remitido por la norma de conflicto aplicable a la cuestión principal (teoría de la jerarquización)?

De acuerdo a MADRID MARTÍNEZ (2012), para que en Derecho Internacional Privado se genere una cuestión incidental en sentido estricto, es necesario que concurren tres condiciones. La primera es que la cuestión principal esté gobernada, según la norma de

²³ Este supuesto era el del *leading case* en materia de cuestión previa: "Ponnoucannamalle v. Nadimoutoupouille", resuelto por la Corte de Casación francesa en 1931. Aquí se plantea la situación de una familia de nacionalidad inglesa que habitaba en la India, y tenía bienes en la Cochinchina. El jefe de familia era dueño de una gran fortuna, constituida en parte por inmuebles situados en Cochinchina (territorio francés), actual Vietnam. Tenía varios hijos legítimos, y un hijo adoptivo conforme a las leyes indias. Este hijo adoptivo, a su vez, casado con la Sra. Ponnoucannamalle, fallece, antes que su padre adoptante, dejando un hijo legítimo. El adoptante fallece en 1925, habiendo redactado un testamento hecho en 1922, desheredando a su nieto adoptivo, que por derecho de representación ocupa el lugar de su padre premuerto. La Sra. Ponnoucannamalle inicia un juicio solicitando la impugnación del testamento. Su petición se basa en el artículo 3º del apartado 2º del Código Napoleónico: "Los bienes situados en el territorio francés, se regirán por el derecho francés". Éste determina que el nieto adoptivo representa legítimamente al padre premuerto como heredero legítimo. Los otros herederos del causante plantean como cuestión previa la validez de la adopción. En 1928 el Tribunal de Saigón rechaza el cuestionamiento a la validez de la adopción. En 1929, la Corte de Saigón confirma la sentencia, y en 1931, el Tribunal de Casación Francés hace suyos los argumentos, por cuanto la adopción es válida. Pero el mismo tribunal le desconoce efectos sucesorios. Sostiene que si bien la adopción es válida según la ley de la India, ley personal de adoptante y adoptado, y que sería la ley aplicable, si la validez de la adopción fuese el único problema planteado; no es válida la adopción de acuerdo al Derecho francés que rige la sucesión, prohibiendo el artículo 344 del Código Civil francés la adopción realizada por un adoptante con hijos matrimoniales. Por lo tanto, los efectos de la adopción son nulos para Francia. Se aplicó en el caso la teoría de la jerarquización, pues se aplicó a la cuestión previa (adopción), el derecho francés que regía la cuestión principal (sucesión).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

conflicto del foro, por un Derecho extranjero, pues si resultare aplicable la ley del foro, no sería necesaria la derogación del principio general de aplicación del sistema conflictual del juez. En segundo término, la cuestión subsidiaria o accesoria con elementos de extranjería deviene en cuestión incidental cuando es capaz de poseer una norma de conexión propia. Finalmente, la norma de conflicto competente para regir la cuestión incidental debe conducir a un resultado diferente al que corresponde a la norma de conflicto que rige la cuestión principal.

En definitiva, el problema para el magistrado consiste en decidir qué sistema de Derecho Internacional Privado utilizará para resolver la cuestión previa: el sistema jurídico del foro o el DIPr del ordenamiento extranjero que regula la cuestión principal. Los caminos a seguir entonces pueden ser: a) respetar la regla general de funcionamiento del DIPr y aplicar la norma de conflicto del foro para resolver la cuestión previa, o, b) hacer una suerte de excepción a esa regla general y aplicar las normas de conflicto del ordenamiento extranjero aplicable a la cuestión principal.

El primer camino se fundamenta en la necesidad de respetar las diversas conexiones que rigen las categorías que en su conjunto forman parte del sistema del foro (armonía interna). Asimismo esta solución es más congruente con el principio de independencia de las normas de conflicto. El segundo camino, en cambio, favorece la armonía internacional de soluciones, pues el juez resuelve como lo haría el juez del país cuyo derecho es aplicable a la cuestión principal.

El derecho argentino cuenta con una única norma convencional que se ocupa de la llamada cuestión previa en términos generales:²⁴ el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales (CIDIP II). Este precepto no impone al juez ninguna de las dos soluciones tradicionales en la materia, es decir, resolver la cuestión incidental de acuerdo a la norma de conflicto del foro (*lex fori*) o de acuerdo con las normas de conflicto del ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal (*lex causae*).

²⁴ Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 contemplan un caso de cuestión previa en particular cuando se ocupan de la filiación matrimonial y establecen que la validez del matrimonio (cuestión previa) se rige por la ley del lugar de su celebración (teoría de la equivalencia) para determinar el carácter matrimonial de la filiación y los consiguientes efectos (cuestión principal).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

En nuestra fuente convencional, de acuerdo al artículo 8 de la CIDIP II sobre Normas Generales, las cuestiones previas, preliminares o incidentales que pueden surgir con motivo de una cuestión principal, no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el Derecho que regula esta última. La disposición le brinda libertad al juez para que se pronuncie en cada caso concreto de acuerdo al criterio que lo conduzca al resultado más justo.

En similar inteligencia, se expide FRESNEDO DE AGUIRRE, quien afirma que aunque la teoría de la equivalencia tiene más adeptos, podría llevar a soluciones injustas: "si bien desde un punto de vista lógico-jurídico la teoría de la equivalencia resulta la más correcta, desde el punto de vista práctico del juez, que debe velar por la realización no sólo del valor certeza sino también del valor justicia, y esto último no limitándose a la justicia formal sino también a la sustantiva en el caso concreto, parece más adecuado dejar librado a su discrecionalidad fundada, enmarcada en ciertos criterios establecidos por el legislador, el recurrir a una u otra teoría, teniendo en consideración los aspectos particulares involucrados en cada caso" (2003: 294).

En suma, debemos reconocer que si bien la doctrina se ha encargado de brindar múltiples argumentos a favor de las soluciones indicadas, parecería que no existe una única respuesta capaz de considerarse adecuada con carácter general. Serán las circunstancias del caso las que permiten ponderar tales argumentos en el supuesto concreto en procura de la solución más idónea, que resguarde los derechos válidamente adquiridos que estuvieren en juego.

Esta flexibilidad que se les concede a los jueces ha llevado a que el legislador haya omitido su inclusión en esta oportunidad, a diferencia de la opción clara a favor de la teoría de la equivalencia que asumió el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, que en su artículo 7 disponía: "[c]uestión previa. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se resuelven conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro".

VI. Fraude a la ley

El artículo 2598, Cód. Civ. y Com., prevé uno de los límites clásicos a la aplicación del derecho extranjero: el llamado fraude a ley. Dicha disposición indica:

Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.

El fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado consiste en burlar la aplicación de una norma imperativa desfavorable mediante el cambio del punto de conexión, en busca de la aplicación de otra disposición más beneficiosa.

Es decir, en virtud de este instituto, el magistrado se encuentra inhibido de aplicar el derecho foráneo porque las partes han modificado los puntos de conexión o la naturaleza de los derechos con la intención de sustraerse a las disposiciones imperativas aplicables para regir una relación jurídica. De forma tal que los actos aislados son legítimos, lícitos (elemento objetivo del fraude) pero en su conjunto y por su intención producen un resultado prohibido por la ley (elemento subjetivo del fraude) (BIOCCA, CÁRDENAS, BASZ, 1997). En efecto, en la esencia del fraude se conjugan intención y acción engañosas, las cuales se materializan en la obtención de un resultado distinto al querido por la norma imperativa evadida. He allí su principal diferencia con la violación de la ley, pues mientras la conducta que encarna la violación se opone o enfrenta de manera directa al texto de la ley, el acto que constituye el fraude lesiona su espíritu y sentido (MADRID MARTÍNEZ, 2012).

Respecto de la de la intención fraudulenta, GOLDSCHMIDT (1970) señala dos indicios típicos: por un lado, la expansión espacial de las conductas: las partes aparecen en un país extranjero —a veces tan sólo representadas— donde no pueden justificar su actuación; por el otro lado, la contracción temporal: los sujetos obran muy aceleradamente.

Algunos casos emblemáticos pueden ilustrar estas características del fraude a la ley en el Derecho Internacional Privado.

El más célebre es el caso de la Duquesa de Bauffremont. La condesa de Charaman-Chimay estaba casada con un oficial francés, el duque de Bauffremont, del cual consiguió

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

separarse el 1° de agosto de 1874, obteniendo una sentencia de separación personal. La duquesa mudó su domicilio y luego se nacionalizó alemana en Sajonia-Altenburgo (Alemania), y se divorció allí inmediatamente después. El 24 de diciembre de 1875 la duquesa volvió a casarse en Berlín con el príncipe Bibesco, rumano de nacionalidad, volviendo inmediatamente a Francia. El duque de Bauffremont pidió ante los tribunales franceses la anulación del segundo matrimonio, atacando la sentencia de divorcio alemana, y el ulterior matrimonio celebrado también en Alemania.

En 1878, la Corte de Casación dictó una sentencia en la que dio la razón al actor, invocando, entre otras razones, la prohibición del fraude a la ley. Si bien la duquesa mantuvo la nacionalidad alemana, la Corte señaló:

que la demandada había obtenido la naturalización no para ejercer los derechos y cumplir los deberes emergentes de ella, sino con el único fin de escapar a la prohibición de la ley francesa y contraer un segundo matrimonio sobre la base de su nueva nacionalidad tan pronto como ésta fue adquirida.

Y, en consecuencia, resolvió que los actos hechos en fraude a la ley francesa e ignorando el vínculo contraído en Francia, no eran oponibles al Duque de Bauffremont.

Por su parte, en la jurisprudencia argentina, un caso muy renombrado en la materia es el de "Fritz Mandl" (1981), un testador que cambió su domicilio para poder testar a favor de su quinta cónyuge, desheredando sin justa causa a sus descendientes de anteriores matrimonios.²⁵

Mandl, al descubrir su grave enfermedad (fue diagnosticado con un mieloma múltiple), se trasladó a Viena. Obtuvo la nacionalidad austríaca. Estuvo en Austria aparentemente entre marzo o abril, hasta su fallecimiento, en septiembre de 1977. Testó instituyendo única heredera a su quinta esposa. Tenía hijos de matrimonios anteriores domiciliados en la Argentina, así como bienes situados en nuestro país.

²⁵ "Mandl, Federico A. M. s. sucesión", CNCiv., sala C, 03/03/81, publicado en *LL* 1981-C-63, con nota de Werner GOLDSCHMIDT, y en *ED* 95-185, con nota de Alicia PERUGINI DE PAZ Y GEUSE.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

La Sala "C" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil recordó, para resolver el caso, la noción expuesta por NIBOYET sobre el fraude a la ley en Derecho Internacional Privado, quien lo define como el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley. En síntesis, según dicho autor, la naturaleza de la noción de fraude a la ley es ser un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que, en las relaciones internacionales, la ley imperativa se convierta en facultativa.

El Tribunal señala que en este caso el fraudulento desea morir en un país (el que abandona), con la legislación de otro (del de donde va).

Asimismo, la Cámara afirmó que:

[] la situación familiar del testador y la circunstancia de haber instituido como única heredera a la quinta cónyuge, pudiendo afectar el régimen sucesorio vigente en nuestro país, ante lo prescrito por los arts. 3283 y 3284 del CC, llevan a la convicción de que el causante tomó en consideración cuál era la legislación sucesoria más conveniente a sus propósitos y actuó en consecuencia, utilizando voluntariamente la regla de conflicto y modificando los puntos de conexión que aquella impone, y precedentes jurisprudenciales y doctrinarios citados en el dictamen.

El Tribunal concluyó que:

el causante pretendía conseguir mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio, colocarse bajo un régimen jurídico sucesorio más ventajoso para determinadas personas en perjuicio de otras, con lo cual procuraba también privar de imperatividad a las leyes de la Nación... La utilización voluntaria de los puntos de conexión de la norma indirecta con la intención de aludir la aplicación de las normas imperativas de la República, priva de efectos al cambio de nacionalidad y de domicilio intentados, por lo que debe considerarse como último domicilio del causante al ubicado en esta Capital Federal... con lo cual adquieren en el

caso plena vigencia las normas contempladas por los arts. 3283 y 3284 del Código Civil, y en consecuencia la sucesión debe tramitar por ante el juez de esta jurisdicción y regirse por nuestro derecho sucesorio.

Para algunos doctrinarios el fraude a la ley no es más que un supuesto concreto del orden público internacional; no obstante, el fraude es un límite a la autonomía de la voluntad, siendo su efecto el de someter los actos realizados bajo el imperio de la ley que se ha intentado burlar, restableciendo el carácter imperativo de la norma aludida. El legislador procura sancionar la mala intención de los sujetos involucrados; en cambio, en el orden público internacional, se persigue resguardar los principios fundamentales del propio derecho.

Como bien ha destacado la doctrina (FRESNEDO DE AGUIRRE, 2003: 289),

la excepción de fraude a la ley, al igual que la excepción de orden público internacional, debe ser apreciada en cada caso concreto por el aplicador del derecho; no existen ni pueden existir listados de hipótesis de fraude a la ley, así como no los puede haber con respecto a los principios de orden público internacional [...]. Pero, a diferencia de lo que sucede con el orden público internacional que puede apreciarse de manera objetiva, el fraude a la ley suele necesitar la difícil prueba de la voluntad fraudulenta, cuestión subjetiva para cuya detección se dependerá en muchos casos de meros indicios.

Debemos recordar que el Código Civil, aprobado por la ley 340, no preveía una regla general sobre fraude a la ley. Sin embargo, receptaba el problema en categorías y relaciones jurídicas en especial, como en los artículos 1207 y 1208, Cód. Civ. en materia de contratos. La doctrina y jurisprudencia en forma unánime admitían el fraude a la ley como límite a la aplicación del derecho extranjero.

A su turno, en la fuente convencional, el artículo 6 de la CIDIP II sobre Normas Generales prevé que:

[n]o se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas.

Esta disposición fue criticada por aludir a “principios fundamentales”, y no a normas imperativas, dando lugar a una evitable confusión.

Cabe señalar que el efecto de la determinación del fraude a la ley en un caso de Derecho Internacional Privado es el restablecimiento de la aplicación del derecho imperativo que se pretendió eludir, sea este el derecho local o el extranjero.

En definitiva, como podemos apreciar, el fraude a la ley es un medio destinado a velar por el cumplimiento de las normas imperativas, a fin de evitar que en las relaciones privadas internacionales la ley imperativa se torne facultativa.

Sin embargo, esta finalidad del fraude a la ley, esgrimida en todas las obras clásicas sobre el tema, nos lleva a preguntarnos sobre la completa autonomía de la figura en nuestros días. Tal como advierten ALL y ALBORNOZ (2014: 789),

en el fondo la cuestión pasa porque no se vulneren las normas internacionalmente imperativas ni el orden público internacional (argentino y puramente internacional), figuras que ya vienen reguladas en los artículos siguientes (2599 y 2600) del Código. Si no hay tal vulneración, el fraude deviene aparente y, por lo tanto, no sancionable. Dicho de otro modo, la aplicación de un derecho o de otro es perfectamente intercambiable, salvo que existan principios de orden público de por medio o normas internacionalmente imperativas, que son aquellas normas que no se ven afectadas por el juego normal del método indirecto por estar imbuidas de una carga de orden público.

Podríamos convenir, en todo caso, que esta institución gozaría, entonces, de una suerte de carácter residual. En efecto, se ha sostenido que el juez sólo debe recurrir al fraude a la ley, como último medio de sanción, cuando se evade una norma imperativa, pero si la ley proporciona otras vías para impedir el fraude a la ley, debe acudir a ellas (MANSILLA Y MEJÍA, 2011).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Por último, nos vemos obligados a destacar que lamentablemente el legislador omitió referirse al fraude a la jurisdicción, el llamado *forum shopping*, es decir la búsqueda de un tribunal judicial que resulte más ventajoso. Efectivamente, la persona que toma la iniciativa de una acción judicial puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga.²⁶

VII. Normas de policía

En los tiempos contemporáneos, son frecuentes las referencias al "pluralismo metodológico" y al "pluralismo normativo" como importantes principios que operan en nuestra materia. Ambas voces son bastante elocuentes. La primera se vincula con el recurso a un elenco de métodos diversos para abordar el Derecho Internacional Privado, a saber: el método conflictualista o bilateral; el método directo o de creación; y el método de autoelección o unilateralista. En tanto, y correlativamente, el segundo concepto alude a los distintos tipos de normas que pueden dar solución a los casos jusprivatistas multinacionales: la norma indirecta o de conflicto, ya definida en el presente trabajo y de cuyos problemas nos estamos ocupando; la norma directa o material, que contiene en sí misma la solución sustantiva a aplicar al tipo legal —sin que haya que recurrir a un "punto de conexión" para derivarla de un derecho aplicable—; y la norma de policía, que analizaremos en este acápite.

Enseña BOGGIANO (1993: 205-6) que se han propuesto diversas terminologías para denominar a una categoría de normas que, inspiradas en rigurosas consideraciones de orden público, excluyen el funcionamiento de las normas de conflicto y toda otra norma: *lois d'application immédiate, norme con apposita delimitazione della sfera di efficacia, specially conditioned internal rules, preemptory norms, normas rígidas, lois de police*, entre otras

²⁶ El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003 había previsto tanto el fraude a la ley como a la jurisdicción, en los siguientes términos: "Fraude. No se admitirá la jurisdicción internacional ni se aplicará el derecho extranjero designado por la norma de conflicto cuando exista fraude. Se entiende por fraude la modificación de los hechos considerados en el contacto jurisdiccional o en el punto de conexión que tienda a eludir las normas coactivas que establecen la jurisdicción o el derecho aplicable. Comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trató de evadir" (art. 8).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

denominaciones;²⁷ exuberante terminología, con variaciones entre diversos autores, que ya da la pauta de las dificultades para la precisa conceptualización de esta clase de normas.²⁸

A pesar de la complejidad de su definición, cabe partir de la base de que el método unilateralista aboga porque las normas que disciernen el derecho aplicable al caso se limiten a declarar aplicable exclusivamente la *lex fori*, a través de la delimitación de su ámbito de aplicación especial (UZAL, 1995). A su turno, la ley suiza de Derecho Internacional Privado (aclamada por la doctrina en general y considerada un modelo en la materia) establece la reserva de “las disposiciones imperativas del derecho suizo que, en razón de su objetivo particular, son aplicables cualquiera fuese el derecho designado en la presente ley”; y en el contexto comunitario europeo, ya la Convención de Roma de 1980 contemplaba en su artículo 7 las “disposiciones imperativas que, según la voluntad del legislador que las ha dictado, son aplicables cualquiera que fuese la ley que normalmente rige el caso”. En la actualidad, desde luego, debe considerarse en el marco de la Unión Europea el Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, (conocido como “Reglamento ‘Roma I’”), cuyo artículo 9 refiere a las “leyes de policía” entendidas como disposiciones “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento” (apartado 1). Finalmente, el antecedente normativo más cercano en nuestro país lo encontramos en el Proyecto de 2003, cuyo artículo 15 establecía: “El ejercicio de la autonomía privada y el funcionamiento de las normas de conflicto quedan excluidos por las normas argentinas dictadas para preservar el interés público. Los tribunales deben atender a las normas dictadas por Estados extranjeros para preservar el interés público si su finalidad y las consecuencias que se derivan de su aplicación, fuesen compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes”.

²⁷ Las voces en lengua extranjera podrían traducirse como sigue: normas de aplicación inmediata; normas con delimitación especial de su esfera de eficacia; normas internas especialmente condicionadas; normas perentorias; y normas de policía, respectivamente.

²⁸ En efecto, es consabida la decisiva relevancia que ha tenido Antonio BOGGIANO en la introducción de las normas internacionalmente imperativas en el Derecho Internacional Privado argentino: su concepción amplia de la disciplina puede encontrarse en su primera edición del tratado “Derecho Internacional Privado” de 1978, con alusiones a la referida pluralidad metodológica y normativa, que comprendían, junto a las normas del conflicto y a las normas materiales, las expresiones parciales del unilateralismo que llamó “normas de policía”, siguiendo la tradición francesa (NAJURIETA, 1995).

Así las cosas, podemos extraer las siguientes notas típicas para definir las normas de policía, normas de aplicación inmediata o —como las llama el nuevo Código, según veremos— normas internacionalmente imperativas: (i) en su tipo legal, se contempla una categoría concreta, específica y perfectamente delimitada de supuestos jusprivatistas multinacionales, que presentan a su vez contactos relevantes con el foro;²⁹ (ii) la consecuencia jurídica consiste en la aplicación de la *lex fori*:³⁰ de allí que se las vincule al "método de autoelección" del derecho aplicable; (iii) tal solución territorialista prevalece sobre la norma de conflicto que podría resultar aplicable a esa categoría de casos de la materia, e incluso sobre las normas directas que pudieran entrar en juego y la autonomía de la voluntad de las partes en los ámbitos en que fuera viable su ejercicio —por ejemplo, típicamente, el de los contratos internacionales—; (iv) por lo anterior, el grado de imperatividad de las normas de policía es máximo: se aplican de manera exclusiva al caso jusprivatista multinacional que contemplan, y excluyen cualquier otra norma que pudiera resultar aplicable según su propio tipo legal; (v) en presencia de una norma internacionalmente imperativa, el operador jurídico —usualmente, el juez— debería acudir apriorística y directamente a la *lex fori* (pues aunque el caso reclamara la extraterritorialidad del derecho extranjero, prevalecería siempre la aplicación de la *lois de police*); por esta razón, se las conoce también como *normas inmediatamente aplicables* (o de *aplicación inmediata*); (vi) lo que justifica una solución legal con semejante nivel de imperatividad y *forismo* es la intención del legislador de preservar importantes intereses políticos, sociales, económicos (lo que incluye políticas fiscales, aduaneras, cambiarias, etc.), de evidente orden público;³¹ (vii) por todo ello, las normas de policía son generalmente de fuente interna, creadas por cada legislador nacional según la realidad y circunstancias de su

29 Así, por ejemplo, "[l]a sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento" (art. 124, ley 19.550 de Sociedades Comerciales); o bien, "[l]as disposiciones de esta ley que regulan la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje, se aplican a todo contrato de transporte de personas por agua celebrado en la República o cuyo cumplimiento se inicie o termine en puerto argentino, sea el buque nacional o extranjero, o cuando sean competentes para entender en la causa los tribunales de la República" (art. 604, ley 20.094 de Navegación); etcétera (el destacado en *itálicas* nos pertenece).

30 Valen los mismos ejemplos de la nota anterior. En este caso, claro está, cabría resaltar la otra parte de la norma, que es la consecuencia jurídica (la consideración de la sociedad como local a los efectos indicados; la aplicación de las disposiciones de la Ley de Navegación que regulan la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje; etc.).

31 Referido a cuestiones en las que está comprometido el interés de la comunidad, y no al "orden público internacional", figura que también opera como límite a la aplicación del derecho extranjero pero no debe confundirse con las normas de policía.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

propio Estado, y revisten ese carácter de absolutamente imperativas *únicamente en el foro en el que han sido dictadas* (las normas de policía del Estado cuyo derecho es aplicable —según la *lex indirecta fori* o la elección de derecho acordada por las partes—, o más aún, la de un tercer Estado que guarde vínculos estrechos con el caso, suelen ser de aplicación condicionada, facultativa, posible o incluso nula).

En cuanto a lo dispuesto por el nuevo Código, el tema que comentamos se encuentra regulado en el artículo 2599, en dos párrafos, con la siguiente redacción:

Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes.

Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso.

Según se advierte, el precepto sigue las tendencias actuales previamente descriptas en cuanto al concepto y al funcionamiento de la norma de policía. Ahora bien, en un relevante aspecto particular, del artículo 2599 no sólo surge la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del foro y las del sistema jurídico extranjero cuyo derecho se declare aplicable (ya por la *lex indirecta fori*, ya por la autonomía de la voluntad), sino también la de las normas de policía de un tercer Estado con el cual el caso tenga vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes.

Este último extremo, es decir, la previsión de la aplicación en el foro de normas de policía de terceros Estados, es criticado por una parte de la doctrina. Así, sostiene por ejemplo PERUGINI ZANETTI (2014) que “si bien resulta fácil de hablar de tolerancia en relación al derecho privado extranjero, se estima difícil pensarla en la misma medida con el derecho público de carácter protector [...]. Si de políticas públicas de protección se trata, no resulta fácil aplicar una disposición extranjera que no colisione con la nuestra. La salvaguarda que

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

aparece en el artículo es que se aplicará las disposiciones de terceros Estados cuando intereses legítimos lo exigen. En realidad, la aplicación de las normas de policía, de aplicación inmediata, o internacionalmente imperativas se contraponen, en principio, con normas extranjeras del mismo o semejante tenor".

En cualquier caso, cabe acordar —como mínimo— que la nueva regulación otorga un amplio protagonismo a la norma de aplicación inmediata; no habría holgado puntualizar —como lo hacía el Proyecto de 2003— que la aplicación de las normas de policía extranjeras está supeditada a su compatibilidad con los principios de la legislación argentina³² y a la razonable previsibilidad por las partes (MENICOCCHI, 2014).

VIII. Orden público internacional

El artículo 2600, la última disposición del Capítulo I del Título IV, se dedica a una institución célebre y de antigua data en el Derecho Internacional Privado: el orden público internacional. La norma dispone:

Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Existe coincidencia entre los autores acerca de la dificultad para dar una definición de orden público internacional. Se trata de una noción confusa y variable en tiempo y espacio. Así, para KALLER DE ORCHANSKY (1994) se trata de un conjunto de principios inspiradores de la organización del Estado y la familia que de acuerdo al orden moral y las buenas costumbres, aseguran la realización de los valores humanos fundamentales. La naturaleza de estos principios es variable, puesto que un cambio de las circunstancias políticas y económicas o de las concepciones morales modifica el concepto de orden público. Asimismo, éste varía según el Estado de que se trate ya que cada país tiene un orden público exclusivamente nacional. Esto no quiere decir que no existan principios universales y

³² Y también —aunque no lo dijera el mentado Proyecto— con normas de policía argentinas que enfocaran el mismo aspecto del caso, pues aquéllas son exclusivas y excluyentes de *toda otra* (BOGGIANO, 1993).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

absolutos. Lo que sucede es que ellos pueden ser interpretados de forma distinta según las circunstancias históricas (RAMAYO y PERUGINI, 1978).

Por su parte, PARDO (1976) lo define como un conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa local que se encuentran en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que puede distorsionarlos.

A su turno, BOGGIANO (1978) explica que el orden público actúa como cláusula de reserva, que sintetiza los principios del derecho argentino, frente a las soluciones del derecho extranjero. Sin embargo el autor reconoce la vaguedad que identifica a estos principios, lo que implica que sus límites se tornen imprecisos. También lo caracteriza como un concepto variable que depende de las transformaciones sociales y de las modificaciones políticas y morales.

Incluso el calificativo de “internacional” ha suscitado críticas y desconcierto. Se ha manifestado, en este sentido, que el nombre correcto de esta institución es “orden público en el Derecho Internacional Privado”, pues la expresión “orden público internacional” sugiere la existencia de principios universalmente aceptados y los principios que son defendidos por esta institución pertenecen a un ordenamiento estatal y ellos, según lo demuestra el Derecho comparado, pueden ser y efectivamente son distintos en los diversos Estados (MADRID MARTÍNEZ, 2012).

Lo cierto es que el calificativo de “internacional” se utiliza para diferenciarlo del orden público interno. Éste representa la restricción a la autonomía de la voluntad, que con sentido de equidad ampara el interés general de la voluntad. Son leyes imperativas, inderogables por las partes, e imperan sobre las relaciones jurídicas privadas puramente internas. En cambio, el orden público internacional u orden público del Derecho Internacional Privado es el impedimento a la aplicación del derecho extranjero cuando éste es contrario al espíritu de la legislación del foro. En definitiva, el orden público interno opera como prohibición, mientras que el orden público internacional funciona como excepción.

En efecto, tal como destaca KALLER DE ORCHANSKY (1994) el fundamento de ambos conceptos es el mismo, pero su radio de acción es diferente, porque si bien toda norma que interese al orden público internacional también es de orden público interno, no todas las normas de esta última clase justifican la excepción de orden público internacional.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

En otro orden de ideas, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar el carácter realista y concreto del orden público internacional que responde a un criterio de actualidad, en el sentido que la legislación que se toma en cuenta como referencia para el juicio de compatibilidad, es la imperante en el foro al momento en que el juez resuelve.³³

Por su lado, GOLDSCHMIDT (1970) hace una distinción digna de ser tenida en cuenta entre los autores que conciben al orden público como un conjunto de disposiciones y quienes lo entienden como un conjunto de principios. Para los primeros, forman parte de este instituto las disposiciones más importantes que conciernen a los aspectos vitales de la comunidad. En cambio, para los segundos, el orden público no está en los preceptos normativos, sino que se halla en los principios que inspiran a aquéllos. La elección entre una u otra teoría se vincula con la aplicación *a priori* o *a posteriori*, respectivamente, del orden público internacional. GOLDSCHMIDT concluye que se trata de un conjunto de principios y el derecho extranjero se aplica en tanto no los conculque. Advierte que la otra postura permite desterrar casi por completo el derecho extranjero, lo que convierte al orden público en un medio para aplicar el propio ordenamiento.

En la actualidad, respecto al contenido del orden público internacional ya no hay grandes controversias en cuanto a que aquél se configura como un conjunto de principios. Y, por otra parte, que básicamente tales principios, los valores de la cultura jurídica occidental, y por ende de los derechos estatales que en ella se insertan, se encuentran recogidos por las Constituciones Nacionales, así como en los tratados de derechos humanos y libertades fundamentales. En esos instrumentos jurídicos se reflejan y garantizan determinados derechos que conforman el modelo de sociedad occidental, entre los que figuran el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de su personalidad, el derecho de libertad religiosa, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a contraer matrimonio, el derecho a la igualdad jurídica entre los cónyuges, el derecho a no ser discriminado, y el derecho a la identidad cultural de la persona humana.³⁴

³³ Véase la doctrina del fallo de la CSJN en autos "Solá, Jorge Vicente s. sucesión ab intestato", del 12 de noviembre de 1996, en *Fallos* 319:2779 y en *JA* 1997-IV, 654, con nota de M. J. MÉNDEZ COSTA.

³⁴ Paralelamente, la Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos, del 19 de septiembre de 1981, recoge los principios y valores islámicos.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

En síntesis, los derechos fundamentales dan contenido, al menos en el mundo occidental, al orden público internacional, al operar como límites a la aplicación de un derecho extranjero que los avasalle.

En suma, podemos colegir que para que opere este recurso excepcional como límite a la aplicación de un derecho extranjero deben configurarse los siguientes presupuestos: 1) la controversia debe regirse por una norma indirecta. Si resulta aplicable una norma material o directa, o corresponde la aplicación de una norma internacionalmente imperativa, no podrá recurrirse al orden público internacional; 2) la norma de conflicto debe conducir a un derecho extranjero. Nunca podrá existir un problema de orden público internacional, si resulta aplicable la *lex fori* por conducto de la norma indirecta; y 3) la incompatibilidad manifiesta entre el derecho extranjero y el orden público internacional del foro debe evaluarse en el caso concreto: es necesario verificar las consecuencias que su aplicación produce en relación con cada supuesto.

Ahora bien, deseamos recordar que el orden público internacional opera como excepción en supuestos diversos. En efecto, como explican ALL y ALBORNOZ (2014: 796),

el control de orden público se ejerce sobre toda norma de derecho extranjero que deba aplicar el tribunal argentino, sea del derecho elegido por el legislador nacional en la norma de conflicto, del derecho convocado por una norma de conflicto convencional (tratado) o perteneciente a un derecho elegido por las partes en un contrato, como también sobre las normas materiales incorporadas como cláusulas en los contratos, sean o no derogatorias de normas del derecho interno aplicable. Pero también, el orden público ha de utilizarse para controlar el contenido material de la sentencia extranjera que se presenta a reconocimiento ante un tribunal argentino.

En cuanto a la regulación del orden público internacional, encontramos que en la fuente convencional, ya en los Tratados de Montevideo se lo menciona en sus Protocolos Adicionales (art. 4° común). Ellos declaran que “las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso”. Se suele cuestionar la inclusión de las instituciones políticas porque se encuentran comprendidas dentro de las leyes de orden público.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

A su turno, el artículo 5° de la CIDIP II sobre Normas Generales dispone que "la ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público".

En la fuente interna, el Código Civil de Vélez Sarsfield contemplaba la excepción clásica del orden público internacional en el artículo 14. Distinguía el orden público interno, como un conjunto de disposiciones no derogables por la voluntad de las partes (art. 21, Cód. Civ.) del orden público internacional, como un conjunto de principios que excluyen o frenan la aplicación del derecho extranjero (art. 14, Cód. Civ.).

El Código Civil nos proporcionaba un principio general a través de las prescripciones del artículo 14, si bien en su texto no se hablaba expresamente de orden público, su noción estaba implícita.

Dicho artículo prescribía diferentes hipótesis. No cabía aplicar las leyes extranjeras:

Inciso 1°: "Cuando su aplicación se oponga al derecho público de la República,": antes de aplicar una norma de derecho privado extranjero, el juez debía examinar si ella no contravenía los principios del derecho público argentino. El codificador daba como ejemplo las leyes francesas que sólo consideran los derechos civiles de sus nacionales, contrariando el artículo 20 de la Constitución Nacional. Sin embargo, un sector de la doctrina criticaba esta fórmula ya que el derecho público no se extraterritorializa; es territorial por naturaleza;

"...al derecho criminal,": se entendía que esta mención era redundante ya que se hallaba incluida en la expresión más amplia de "derecho público";

"...a la religión del Estado,": esta expresión también ha sido criticada porque nuestra Constitución no instituye una religión del Estado, sino que consagra la libertad de cultos (art. 14, Constitución Nacional);

"...a la moral y buenas costumbres,": se trata de un concepto impreciso. Vélez Sarsfield expresó en la nota al artículo 530 que "en el lenguaje del derecho, se entiende por buenas costumbres, el cumplimiento de los deberes impuestos por las leyes divinas y humanas".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Inciso 2°: “Cuando su aplicación fuese incompatible con el espíritu de la legislación de este Código”: esta última referencia se entendía en el sentido de legislación nacional. Para la mayoría de la doctrina esta disposición constituía la cláusula de reserva y la norma adecuada de orden público internacional. En ella estaban comprendidos todos los supuestos del artículo 14.

Inciso 3°: “Cuando fueren de mero privilegio”: este inciso también quedaba subsumido en el inciso 1° que se refiere al derecho público ya que el artículo 16, Constitución Nacional consagra la igualdad ante la ley y rechaza las prerrogativas de sangre, de nacimiento, los fueros personales y los títulos de nobleza.

Inciso 4°: “Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos”: se trata de la consagración de la teoría del *favor negotii*, por el cual se rechaza la aplicación de la ley extranjera en cuanto conduciría a negarle validez al acto. Su finalidad es amparar el tráfico nacional declarando válidos los actos jurídicos mediante la aplicación de la legislación argentina. La doctrina era conteste en que constituía un error legislativo integrar dentro del orden público internacional un instituto que tiene otros fundamentos, aunque el efecto fuese el mismo: limitar la aplicación del derecho extranjero.

Tal como podemos apreciar, el artículo 2600, Cód. Civ. y Com. contiene una disposición mucho más simple, clara y precisa: las normas del derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Sin embargo, no se ha incluido la necesidad de una “manifiesta incompatibilidad”. Ello llama la atención, por cuanto esta exigencia está presente en la mayoría de los sistemas de Derecho Internacional Privado, tanto a nivel convencional como estatal en el derecho comparado. Sin embargo, el carácter excepcional del orden público internacional lleva implícita la condición de que realmente exista una contrariedad manifiesta entre nuestros principios fundamentales y las disposiciones del derecho extranjero.

A diferencia del Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, la nueva norma no indica el llamado efecto positivo o sustitutivo del orden público internacional. Se dedica exclusivamente a determinar el efecto negativo: la exclusión de las normas extranjeras que resulten incompatibles, pero no menciona de acuerdo a qué

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

derecho se resolverá el caso. Deja una laguna que deberá integrar el juez. La solución a este problema tiene dos alternativas: o se respeta el carácter sistemático del Derecho extranjero buscándose en su interior la norma sustituta o, en caso de concluirse que la norma chocante es la causa impulsiva y determinante de la legislación extranjera sobre la materia, se la sustituye íntegramente por la *lex fori*; esta vez se estaría respetando el carácter sistemático del derecho del juez, misión definitiva del orden público (LAGARDE, 1959).

El Proyecto de 2003 resolvía este problema indicando que el juez debe procurar una solución basada en el mismo derecho extranjero que sea compatible con tales principios, y solo en su defecto se aplica el derecho argentino.

Finalmente, a los fines de la aplicación del artículo 2600, Cód. Civ. y Com., en relación con los efectos del orden público internacional, debe recordarse la doctrina del orden público atenuado, que diferencia la reacción del foro cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera (orden público con efectos plenos), de la posibilidad de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero (orden público con efectos atenuados). La reacción del orden público en éste último es menos intensa, menos enérgica que en el primero.³⁵

IX. Cláusula de excepción

En algunos casos, el legislador selecciona puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial, provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del caso. Una forma de resolver este inconveniente es la inclusión de una *cláusula de excepción*, mediante la cual el legislador espera corregir la remisión a una ley que no cumple con el objetivo de la norma de conflicto, es decir, conduce a un "resultado injusto" (MARTÍNEZ LUNA, 2012).

³⁵ Carolina IUD (2013: 43) brinda algunos ejemplos interesantes: "en el marco de un sistema jurídico que someta la validez del matrimonio al derecho de la nacionalidad de los contrayentes pero que sólo admita el matrimonio monogámico, no se le permitirá a nacionales de países musulmanes contraer un matrimonio poligámico, aludiéndose entonces el efecto pleno del orden público o directamente orden público pleno. Pero si de lo que se trata es, por ejemplo, de reconocer alimentos a una de las cónyuges de uno de los matrimonios poligámicos contraídos en el extranjero al amparo de un sistema que lo permitía, o una pensión por viudez, la reacción del orden público se atenúa para reconocer a ese matrimonio poligámico ciertos efectos, aludiéndose en este caso al efecto atenuado del orden público o directamente orden público atenuado".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Con este espíritu, el artículo 2597 establece:

[e]xcepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente.

No obstante, esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

La norma nos recuerda a la teoría de los vínculos más estrechos, o teoría de la proximidad que tuviera su punto de partida con el caso “Babcock v. Jackson” (New York Court of Appeals, 1963), donde resultaba ostensible la insuficiencia de la conexión *lex loci delicti* frente al domicilio común de actores y víctimas en un accidente de tránsito en el que la parte damnificada había sido transportada gratuitamente.

Evidentemente, nuestro legislador ha procurado flexibilizar el sistema de conexiones rígidas. En efecto, los redactores del Anteproyecto señalaron, tal como ya mencionamos, que: “se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos”. La norma que analizamos, a todas luces, es el mejor exponente de esta orientación de las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto, nuestro Código se hace eco de una tendencia hacia la flexibilización que se había iniciado en el último tercio del siglo XX. Sin embargo, debemos advertir que cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Si unos valen más que otros, cabe preguntarse acerca de los condicionantes de la valoración. Y la respuesta debe apuntar de manera exclusiva hacia consideraciones de carácter material y no a aquéllas que sean fruto de meras situaciones de oportunidad. En rigor, deben ser consideraciones de justicia y no de carácter coyuntural (FERNÁNDEZ ROZAS, 2000).

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Como advierte MENICOCCHI (2014: 29),

esta norma es una verdadera revolución en el DIPr argentino: la posibilidad de que los jueces puedan marginar el derecho que declara aplicable la norma de colisión cuando el caso carece de relación con el derecho del estado cuya aplicación la norma indirecta reclama. Se intenta, de esta manera, abrir nuestro DIPr de conexiones rígidas hacia un sistema de DIPr flexible, con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial... La disposición es, quizá, la más esperada por los académicos y la menos aplaudida por los profesionales. Y ello porque mientras una fina intuición puede advertir que la localización espacial designada en la norma indirecta es poco significativa frente a otros elementos que se presentan en el caso, no es de esperar igual reflexión y conclusión por parte de quienes no están familiarizados con el DIPr y no dudan en echar mano a la poca relevancia de la extranjería para aplicar derecho local.

Es de interés advertir que no encontramos ninguna norma equivalente en el Código Civil derogado, ni en el derecho argentino en general. Tampoco hallamos doctrina o jurisprudencia uniforme al respecto. Los proyectos de reforma de las normas de DIPr no habían previsto la llamada "cláusula de excepción".

Sin embargo, en el derecho comparado encontramos algunos ejemplos. Varios cuerpos jurídicos de fuente interna consagran dentro de sus normas cláusulas de excepción. Así, la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, en su artículo 15 consagra la denominada "*exception clause*" en los siguientes términos:

1. El derecho designado por la presente ley no será aplicable, excepcionalmente, si del conjunto de las circunstancias resulta manifiesto que el caso presenta un vínculo muy débil con ese derecho, y que tiene una relación mucho más estrecha con otro derecho.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

2. Esta disposición no es aplicable en caso de acuerdo de elección de derecho.³⁶

Tal como podemos observar, esta previsión de la ley suiza es muy similar a nuestro nuevo artículo 2597. En efecto, es una cláusula de excepción general, ya que se aplica a todas las normas de conflicto previstas sin perjuicio de la índole de la situación o relación jurídica, excepto cuando se admite la autonomía de la voluntad conflictual.

Asimismo, el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004, en su artículo 19 prevé una cláusula de excepción similar a la de la ley suiza:

§ 1er. El derecho designado por la presente ley no será aplicable, excepcionalmente, cuando surja de manera manifiesta que en razón del conjunto de las circunstancias, el caso presenta una conexión muy débil con el Estado cuyo derecho se designa aplicable, mientras que presenta vínculos muy estrechos con un Estado diferente. En tal caso, se aplica el derecho de ese otro Estado.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero, debe tenerse en cuenta, en particular:

- la necesaria previsibilidad del derecho aplicable, y
- el hecho de que la relación en cuestión haya sido establecida de manera regular, según las reglas de Derecho Internacional Privado de los Estados con los cuales esa relación presente las conexiones al momento de su constitución.³⁷

³⁶ Traducción libre del original: “1. *Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.* 2. *Cette disposition n'est pas applicable en cas d'élection de droit*”

³⁷ Traducción libre del original: “*Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa*”

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Esta disposición presenta dos importantes límites: la cláusula no puede ser empleada cuando las partes han escogido su ley aplicable, ni tampoco cuando la designación de la ley "depende del contenido del Derecho aplicable".

Por otro lado, en el ámbito del derecho supranacional de la Unión Europea encontramos el artículo 4.3 del ya mencionado Reglamento "Roma I" (cuyo antecedente es el artículo 4.5 del Convenio de Roma de 1980). Este precepto contiene una cláusula que permite dejar de aplicar la ley establecida bajo las normas de conflicto generales en materia contractual: *"si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país"*.

A su turno, el artículo 4.3 del Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II") indica que:

si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión.

Volviendo al análisis del artículo 2597 Cód. Civ. y Com., podemos afirmar que le brinda al juez una válvula de escape para aquellos casos en los que la norma indirecta lo conduzca a un derecho poco vinculado, en tanto otro ordenamiento jurídico, en cambio, se presenta estrechamente relacionado a la situación jurídica planteada.

Sin embargo, la disposición es rigurosa, pues es una atribución excepcional que tiene a su alcance el juzgador, en tanto: 1) del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho, 2) presenta

1er, il est tenu compte notamment: - du besoin de prévisibilité du droit applicable, et - de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au momento de son établissement".

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, 3) la aplicación de este derecho resulta previsible y d) bajo las reglas de dicho derecho, la relación se ha establecido válidamente.

Además, el juez no podrá recurrir a esta cláusula de excepción cuando las partes han elegido el derecho aplicable en virtud de la autonomía de la voluntad. Esta exclusión se podrá configurar, normalmente, en materia contractual.

Finalmente, es dable señalar que esta disposición ya ha encontrado ciertos reparos en la doctrina especializada que, en gran medida, compartimos. En tal sentido, ALL y ALBORNOZ (2014: 787) manifiestan que: "...esta cláusula de excepción siembra dudas sobre la razonabilidad de la elección hecha por el autor de la norma de conflicto. De un lado, se muestra como algo excepcional, como una eventualidad que, debido al conjunto de circunstancias de hecho del caso, permite ver que gravita hacia un derecho distinto, aunque previsible, y bajo cuyas reglas la relación se ha 'establecido' válidamente. De otro, parece una especie de confesión del legislador, quien reconoce la falibilidad de su juicio cuando en abstracto valora la importancia de las vinculaciones del caso al momento de elaborar la norma general". Agregan, por otra parte, que la norma omite mencionar si la excepción funciona a pedido de parte o puede el tribunal, de oficio, instalar el caso de un derecho diferente al previsto.

X. Conclusiones

En julio de 1849, con la publicación del volumen octavo del *Sistema de Derecho Romano Actual* de F. C. VON SAVIGNY, nació oficialmente el paradigma del Derecho Internacional Privado moderno.

En tiempos de gobernanza global, en la era posmoderna, ¿ese paradigma entró en crisis? Una respuesta afirmativa quizás pueda ser muy atrevida; sin embargo, resulta claro que nos encontramos en un periodo de transición, de profundas transformaciones, de nuevas tendencias; asistimos a una época de *aggiornamento*.

Sin dudas, el Derecho Internacional Privado de nuestros días presenta características distintas a aquél del siglo XIX: las presencia de dificultades notorias para la localización de las relaciones jurídicas a través del método conflictual, el surgimiento y afianzamiento de un derecho uniforme, su materialización, las atenuación de las diferencias entre el Derecho

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Internacional Privado y el Derecho Internacional Público, la convivencia de normas estatales o de *hard law* y de reglas no estatales o de *soft law*, la aparición de nuevos actores que opacan el rol del Estado como centro de producción normativa de carácter exclusivo.

Asimismo, dentro del objeto del Derecho Internacional Privado cada vez con más fuerza juega un rol central el reconocimiento de las relaciones jurídicas constituidas bajo la órbita de un derecho extranjero, y la cooperación jurídica internacional.

El Derecho Internacional Privado ha dejado de ser una disciplina especializada y elitista, alejada del resto del ordenamiento jurídico, como la Cenicienta de las materias en las Carreras de Abogacía. Las situaciones jurídicas privadas de alcance internacional hoy nos involucran a todos, y no solo a las grandes multinacionales que operan en el mundo de los negocios internacionales.

La complejidad de la sociedad posmoderna impone y exige soluciones renovadas, plurales, a través de una multiplicidad de fuentes estatales y extra-estatales, en donde actores públicos y privados deben cumplir sus respectivos roles para el logro de una óptima gobernanza global.

Los escenarios hoy son más complejos: la globalización, la diversidad cultural, la integración socio-económica, el ciberespacio, el fenómeno migratorio temporal y permanente. Nuestra disciplina necesita adaptarse a las nuevas exigencias. A ello responde el pluralismo de fuentes y de métodos.

Nuestro Derecho Internacional Privado debe organizar las reglas nacionales, internacionales, supranacionales y transnacionales en pos de la coordinación de los sistemas jurídicos en juego y debe evitar la mera multiplicidad de fuentes superpuestas, inconexas e incluso contradictorias. Un buen pluralismo normativo persigue la coherencia, la complementación, la coordinación y el diálogo entre las distintas fuentes.

En definitiva, asistimos a la metamorfosis del Estado, y por lo tanto, del Derecho Internacional Privado clásico. Pero ello no significa que aquél cumpla un rol prescindente, o irrelevante. Todo lo contrario: es el Estado precisamente quien debe asumir, en primer lugar, el rol de garante de los derechos fundamentales de todos los seres humanos, ya sea en sus relaciones internas, ya sea en sus relaciones regionales, internacionales, transfronterizas, transnacionales. Las relaciones entre Derecho Internacional Privado y Derechos

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

Humanos es primordial, y el Estado no debe perder de vista que la razón de nuestra disciplina solo puede ser alcanzada si son resguardados los derechos y garantías fundamentales del hombre.

En suma, el Derecho Internacional Privado del siglo XXI cuenta con nuevos escenarios, nuevas fuentes, nuevos métodos, nuevos actores, nuevas instituciones y en consecuencia, nuevos desafíos.

Respecto al Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna, se imponía desde hace muchos años una reforma integral. Contábamos con un DIPr decimonónico que exigía una puesta al día urgente.

Sin lugar a dudas, las nuevas Disposiciones de Derecho Internacional Privado, insertas en el Título del IV del Libro Sexto sobre Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales, configuran un avance significativo para esta disciplina.

Si bien los desarrollos jurisprudenciales, académicos, y en investigación en el ámbito del Derecho Internacional Privado argentino alcanzan reconocimiento a nivel nacional, regional, e incluso mundial, la carencia de autonomía legislativa, la ausencia de un conjunto de normas ordenadas y coherentes en la materia constituían un déficit notorio y arduamente criticado por los especialistas.

Hasta la entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, teníamos una serie de reglas antiguas, aisladas, incompletas, inconexas y, en algunos casos, contradictorias.

El Título IV del Libro Sexto nos brinda, sin perjuicio de críticas menores a algunos artículos en especial, o a omisiones, un cuerpo de normas modernas y consistentes. Sin embargo, aún no contamos con un conjunto completo de disposiciones de Derecho Internacional Privado que contemplen el abarcativo contenido de esta rama jurídica. Esta situación podría haber sido superada de haberse adoptado una Ley o Código de Derecho Internacional Privado, reconociéndole su plena autonomía.

De todos modos, reiteramos: el progreso es innegable. Lo deseable hubiera sido una ley especial destinada a todos los problemas que se generan en el vasto campo del Derecho

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

Internacional Privado; lo posible ha sido la entrada en vigor de estas Disposiciones, acotadas a la materia civil y comercial.

Respecto al Capítulo 1, del referido Título, del cual nos ocupamos en esta oportunidad, nos complace coincidir con el legislador en la necesidad de incluir reglas generales que resuelvan problemas que se pueden suscitar en todo caso jusprivatista internacional o multinacional, sin distinción de la materia específica. Esos principios, criterios, reglas, métodos, cuestiones, son los que le imprimen autonomía científica al Derecho Internacional Privado.

Los propios mentores de las Disposiciones de DIPr indicaron en los Fundamentos del Anteproyecto que se han abordado en forma breve pero necesaria ciertos aspectos de los llamados "problemas generales de la disciplina", que fijan el espíritu y las bases del sistema: modernas tendencias y practicidad en la aplicación del derecho extranjero, voluntad de coordinar sistemas en la aceptación limitada del reenvío, moralización de las conductas por la sanción del fraude a la ley y búsqueda de equilibrio entre la autonomía de la voluntad y las normas y principios que expresan valores irrenunciables del orden jurídico.

A modo de conclusión, y sin perjuicio de las críticas u observaciones puntuales que hemos hecho a lo largo del recorrido del presente trabajo, deseamos quedarnos con las magistrales palabras de Tatiana MAEKELT (2010: 30): "sin la parte general, el Derecho internacional privado se convertiría en una disciplina sin vida propia, sin sus características esenciales y sin la base de la científicidad".

Bibliografía

ALFONSÍN, Q. (1955) *Teoría del Derecho Privado Internacional*, 2ª edición, Montevideo, Idea, 1982.

ALL, P. y ALBORNOZ, J. (2014) "Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado. Capítulo 1: Disposiciones generales", en RIVERA, J. y MEDINA, G. (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Buenos Aires, La Ley, pp. 771-97.

BASZ, V. y CAMPANELLA, E. (1999) *Derecho Internacional Privado*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

BIOCCA, S. (1971) “El problema de las calificaciones en Derecho Internacional Privado”, en *Lecciones y Ensayos*, nros. 43 a 45, Buenos Aires, Imprenta de la Universidad de Buenos Aires, pp. 223-9.

BIOCCA, S., CÁRDENAS, S. Y BASZ, V. (1990), *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, 2ª edición, Buenos Aires, Universidad, 1997.

BOGGIANO, A. (1978) *Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991,

— (1993) *Derecho Internacional Privado. En la estructura jurídica del mundo actual*, 6ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

BORDA, G. (1969) “La reforma del código civil: Efectos de la ley con relación al tiempo”, publicado en *ED*, t. 28, pp. 807-15.

DREYZIN DE KLOR, A. (2015) “A propósito de los principios y las fuentes de las normas de Derecho Internacional Privado en el nuevo Código Civil y Comercial”. Consultado en [<http://www.nuevocodigocivil.com/a-proposito-de-los-principios-y-fuentes-de-las-normas-de-derecho-internacional-privado-por-dreyzin-de-klor/>] el 30.07.2015.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. (2003) “El Derecho Internacional Privado en el inicio del Siglo XXI”, en *Caderno da Pós-Graduacao em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. I, n° II, pp. 210-27.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. (2000) “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n° 9, pp. 7-32.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (1991) *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª edición, Madrid, Civitas, 1997.

FRESNEDE DE AGUIRRE, C. (2001) *Curso de Derecho Internacional Privado*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria.

— (2003) “Aspectos generales del sector derecho aplicable. Reenvío”, en FERNÁNDEZ ARROYO, D., *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavalía, pp. 281-5.

GOLDSCHMIDT, W. (1970) y PERUGINI ZANETTI, A. (act.) *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011.

IUD, C. (2013) “Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año V, n° 8, Buenos Aires, La Ley, pp. 43-51.

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I

SCOTTI, L. y BRODSKY, J. (2015) "Los clásicos problemas del Derecho Internacional...", pp. 72-126.

JAYME, E. (1995), "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", en *Recueil des cours*, vol. 251, pp. 9-268.

KALLER DE ORCHANSKY, B. (1994) *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Plus Ultra.

LAGARDE, P. (1959) *Recherches sur l'ordre public en Droit international privé*, Paris, LGDJ.

MADRID MARTÍNEZ, C. (2012) "Instituciones generales de Derecho Internacional Privado: más allá del problema conflictual", en *Estudios de Derecho internacional privado. Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, pp. 155-226.

MAEKELT, T. (2010) *Teoría general de Derecho internacional privado*, 2ª edición actualizada y ampliada, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios N° 87.

MANSILLA Y MEJÍA, M. (2010) "Fraude a la ley: *fraus legis facta*", en *Revista Cultura Jurídica* n° 1, pp. 105-17. Consultado en [<http://www.derecho.unam.mx/investigacion/revista-cultura01.php>] el 30.07.2015

MARTÍNEZ LUNA, W. (2002) *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Social e Internacional Privado, Getafe. Consultado en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf_martinez_luna_tesis.pdf?sequence=1] el 30.07.2015

MENICOCCHI, A. (2014) *Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Relato presentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014. Consultado en [<http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4>] el 30.07.2015

MORELLO, A. (1973) "Eficacia de la ley nueva en el tiempo (art. 3)", en MORELLO, A. (coord.) *Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, La Plata, Librería Editora Platense, volumen 1, pp. 59-95.

NAJURIETA, M. (1995) "El pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado actual", Publicado en *ED*, tomo 161, pp. 1064-70.

PARDO, A. (1976) *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Buenos Aires, Ábaco.

PERUGINI ZANETTI, A. (2012) "Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El Derecho. Consultado en [<http://biblioteca>

EN LETRA - año II, número 4 (2015), tomo I
Dossier sobre el Código Civil y Comercial de la Nación

digital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf el 08.07.2015

RAMAYO, R. y PERUGINI, A. (1978) “Constitución Nacional, Derecho extranjero y orden público”, publicado en *LL* 1978-D, pp. 925-39.

RIGAUX, F. (1985) *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Madrid, Civitas.

RODRÍGUEZ, M. (2015) “Libro Sexto. Disposiciones comunes a los derechos personales y reales. Título IV: Disposiciones de Derecho Internacional Privado”, en CALVO COSTA, C. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación, concordado, comentado y comparado con los códigos civil de Vélez Sarsfield y de comercio*, Buenos Aires, La Ley, pp. 813-930.

SCOTTI, L. (2015) *Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Hammurabi.

TELLECHEA BERGMAN, E. (2014) “Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano, regional y en el Uruguay”, en *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 2, n° 3, Asunción, Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, pp. 35-58.

UZAL, M. (1995) “El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica”, Publicado en *ED*, t. 161, pp. 1056-63.

— (2012) “Breve panorama de la reforma del Derecho Internacional Privado”, en RIVERA, J. (dir.) y MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 1233-62.

— (2015) “Nuevo Código Civil y Comercial: la vigencia temporal con especial referencia al Derecho Internacional Privado”, en *Revista Código Civil y Comercial*, año 1, número 1, julio de 2015, Buenos Aires, La Ley, pp. 50-60.