

**Perugini Zanetti, Alicia M.**

*Panorama general del Capítulo I del Título IV  
del Proyecto de Código Civil y Comercial de la  
Nación*

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central “San Benito Abad”. Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Perugini Zanetti, A. M. (2012). Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires : El Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

# PANORAMA GENERAL DEL CAPÍTULO I DEL TÍTULO IV DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

ALICIA M. PERUGINI ZANETTI

## I. Introducción

La doctrina suele reconocer como período de nacimiento del Derecho Internacional Privado (DIPr.) la primera mitad del siglo XIII. De ahí en más hay una constante evolución, especialmente al hilo del descubrimiento de los problemas generales: la extraterritorialidad del derecho (1228, glosa de Acursio); el orden público internacional (1849, Savigny); el fraude a la ley (1878, caso Charaman Chimay); el reenvío (1878, caso Forgo); las calificaciones (1897, viuda maltesa); la cuestión previa (1931, caso Ponnoucannamalle); los problemas de la aplicación del derecho extranjero (1935).<sup>1</sup>

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.

En el orden convencional esta autonomía se ha visto bendecida por la extraordinaria visión que tuvieron los gobiernos que convocaron la realización de los llamados Tratados de Montevideo de 1889 y la magnífica producción de sus autores. En efecto, puede decirse que crearon la primera codificación mundial del Derecho Internacional Privado (DIPr). A los cincuenta años de su vigencia, en una suerte de control de gestión, se elaboraron los Tratados homónimos de 1940.<sup>2</sup>

La autonomía legislativa en el orden interno no tuvo ese privilegio. O dicho de otro modo, el Poder Legislativo Nacional no ha sido hasta el presente expeditivo en dar una respuesta normativa. Ello, a pesar de los proyectos que se elaboraron y de la insistencia doctrinaria en la necesidad de brindar una solución orgánica y sistemática a los casos iusprivatistas internacionales. Esta renuencia podría comprenderse en etapas históricas de países con poca vinculación internacional y relativamente aislados donde el DIPr. constituía una suerte de “bohemia”. No es este el caso del mundo actual globalizado y regionalizado.

No obstante, se cuenta con una rica historia en intentos de brindar una solución orgánica. Los proyectos normativos del DIPr. en la Argentina tiene dos orígenes: la de sello internacionalista y la de los civilistas. Unos y otros han remarcado la importancia de la disciplina y la necesidad de delegar

1. Werner Goldschmidt. Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría pluralista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 20, p. 15 y ss.

2. Ver Alicia M. Perugini Zanetti, Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1889, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección Alberto Bueres y coordinación Elena I. Highton. Tomo 7B, pág. 587 y ss.

en especialistas su confección. Es remarcable la expresión de Juan Bautista Alberdi que en su época pidió se prestara especial atención al DIPr.

De más está decir que la doctrina iusprivatista internacional es –sin fisuras– partidaria de una ley especial o un código. Uno de los primeros sostenedores de la codificación del Derecho Internacional Privado en la Argentina fue el prestigioso profesor cordobés Celestino Piotti (h.)<sup>3</sup>. Sin embargo, el primer proyecto de Código se publica por Werner Goldschmidt en 1955<sup>4</sup>.

Con estos antecedentes en 1969 el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional encomendó al profesor Werner Goldschmidt elaborar las bases de un Convenio conteniendo una ley uniforme de Derecho Internacional Privado para la comunidad hispanoamericana<sup>5</sup>. El Proyecto fue presentado en el Séptimo Congreso del Instituto que tuvo lugar en Buenos Aires desde el 3 al 12 de agosto de ese año. Con miras a este Anteproyecto la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en su Segundo Congreso en Tucumán a fines del mes de abril de 1973, encargó a Goldschmidt la tarea de presentar un nuevo proyecto limitado al Derecho Internacional Privado argentino, tomando como base de trabajo el elaborado en su momento para el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional.<sup>6</sup>

Goldschmidt incorporó en un texto normativo gran parte de la normativa vigente, sea en normas de origen convencional o interno. En su Proyecto había, relativamente, pocas novedades. Se creaba un fuero en DIPr. pues estimaba que el desarrollo de la disciplina se aceleraría si los casos lo resuelven los especialistas. La idea central era llamar la atención sobre la necesidad de la codificación del DIPr. elaborada por especialistas. En síntesis, en esta primera etapa, estimó valioso no alterar sustancialmente lo conocido para generar menos resistencia a la codificación. En cambio, lo revolucionario –si se quiere– fue crear un fuero especial a cargo de especialistas que impulsaría naturalmente el avance de la materia.

El doctor Adalberto Enrique Cozzi, subprocurador a cargo de la Procuración del Tesoro de la Nación encargó a Goldschmidt la elaboración de un Proyecto el que le fue entregado en noviembre del mismo año. Por Resolución del 28 de noviembre de 1973 de la Procuración se ordenó que se registraran en los libros de dictámenes los proyectos presentados por Goldschmidt. El 10 de enero de 1974 los proyectos fueron presentados al Ministerio de Justicia de la Nación.<sup>7</sup>

Con esa herramienta de trabajo, el Ministro de Justicia Antonio J. Benítez crea una Comisión (Res.425 del 21/VIII/1974). Estaba integrada por Fernando J. Díaz de Ulloque por la Universidad del Nordeste, Celestino Piotti (h) por la de Córdoba, Carlos Malfussi por la de Tucumán, Juan Carlos Smith por la de La Plata y Werner Goldschmidt que representaba a la Universidades de Buenos Aires, la del Litoral y la de Rosario)<sup>8</sup>. Los dos representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto fueron Arnoldo M. Listre y Carlos A. Pigretti. La Comisión se reunió en varias oportunidades

3.V. Los textos referentes a la historia de la codificación del DIPr. en la Argentina se sigue especialmente lo publicado en el Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico de Werner Goldschmidt. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 41<sup>a</sup>, p. 56 y ss. Ver también Celestino Piotti (h.), “Fuentes y codificación del Derecho Internacional Privado”, Córdoba, 1950. “La unidad conceptual del Derecho Internacional Privado y el problema de su codificación unilateral integral”, Córdoba, 1953; “Unidad estructural del Derecho Internacional Privado”. Córdoba, 1954.

4. En Rev. Facultad de Derecho”, Tucumán, núm. 12, ps. 169 a 213, 1955. El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado ha sido reproducido como fuente del DIPr argentino en la tercera edición de A. N. Makarov, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, Mohr, Tubinga, 1978, ps. 40 y ss. El profesor Enrique Dahl preparó en Louisiana State University (Estados Unidos de A) una edición en inglés (inf. De la Addenda a la quinta edición del Derecho Internacional Privado de Werner Goldschmidt.)

5. El Anteproyecto se halla publicado en J. A., Doctrina, 1969, ps. 28 a 40.

6. Werner Goldschmidt. Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 41<sup>a</sup>, p. 56 y ss.

7. Werner Goldschmidt, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10<sup>a</sup> edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numeral 41 a, p. 56 y ss.

8.V. Alicia M. Perugini de Paz y Geuse, “Progresos hechos por el Derecho Internacional Privado Argentino durante el último lustre”, en Rev: LA LEY, t. 1975-B, p. 1182.

en el Ministerio bajo la presidencia del entonces Subsecretario de Asuntos Legislativos Alberto R. Rodríguez Fox<sup>9</sup>.

La Cámara de Diputados de la Nación acogió un Proyecto presentado por el Dr. Reinaldo Vanossi –a la sazón Diputado Nacional–. Presentó a la Cámara en 1987 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 y publicado en el Suplemento de La Ley el 18 de Julio de 1989. Finalmente el Dr. Boggiano no lo suscribió<sup>10</sup>.

Nuevamente en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, promovido sucesivamente por dos Ministros de Justicia, los doctores Jorge Reinaldo Vanossi y Juan José Álvarez se impulsó nuevamente la elaboración de un Código. En efecto, por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Número.191/02 (Vanossi) 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, Amalia Uriondo de Martinoli. El Dr. Ricardo Balestra también había sido designado pero lamentablemente renunció antes de que comiencen las deliberaciones. Dicha Comisión elaboró el Proyecto encomendado de Código de Derecho Internacional Privado. Puede decirse que en esta Comisión estuvieron reflejadas todas las posiciones y orientaciones del DIPr. argentino. El Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos mantuvo la Comisión en el que se hizo una revisión formal (Proyecto 2003)<sup>11</sup>

El segundo impulso se debe a los civilistas. No es de extrañar la “amistad” del Derecho Civil y el DIPr. ¡al fin de cuentas esta disciplina perteneció mayormente al derecho privado! Bueno es reconocer que los civilistas siempre le han dado un “hogar acogedor” al DIPr., por ejemplo, en las jornadas nacionales de Derecho Civil.

En la hospitalidad civilista hay dos tendencias. Una, es la que reconoce la autonomía de la disciplina y ello repercute en el ingreso del DIPr. al mundo legislativo por la puerta grande: se insta a dejar que una ley especial se ocupe de solucionar los casos típicos, es decir, en un cuerpo independiente. Así el Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, reunido en Córdoba desde el 9 al 14 de octubre de 1961, resuelve la necesidad de una codificación del Derecho Internacional Privado argentino así como la conveniencia de encomendarla a los especialistas de esta materia<sup>12</sup>. También en la primera gran reforma del Código Civil –decreto-ley 17.711/68 (ADLA, XXVIII-B, 1799)– la nota de elevación de la Comisión Redactora declara expresamente, siguiendo la sugerencia del Congreso mencionado, que es preciso “reunir en una ley especial las normas del derecho internacional privado, consultando con especialistas de esa materia”<sup>13</sup>.

9. V. Werner Goldschmidt, “Proyecto del Código de Derecho internacional Privado”, Rosario, 1975, publicado en “Gaceta del Notariado”, Publicación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe, núm. 65.

10. Ciuro Caldani, M. Ángel, “El Anteproyecto Actualizado del Código de Derecho Internacional Privado y la Filosofía del Derecho Privado”, en “Investigación y Docencia N° 18, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de derecho, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 13.

11. Werner Goldschmidt, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numeral 41 a, p. 58.

12. Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil, Universidad Nacional de Córdoba, t. I, ps. 91 a 109 y 121 a 129, 1962.

13. V. el texto por ejemplo en ED, T. 21, p. 961.

La otra vertiente civilista es la que –aun reconociendo la singularidad de problemas y consiguientemente de las respuestas jurídicas– incorpora en el mismo cuerpo que el Código Civil o Comercial o unificado la solución de los casos iusprivatistas internacionales.

En esta vertiente podemos mencionar a Vélez Sarsfield que acoge normas del DIPr. a lo largo y ancho del Código. Ya en nuestros días podemos recordar el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio elaborado a instancia y en el marco del Ministerio de Justicia de la Nación. Sus miembros entendieron que debía incluirse un Título dedicado al DIPr. y a tal efecto se encarga tal tarea al Dr. Antonio Boggiano. Como al tiempo de elevarse el Proyecto al mencionado Ministerio aún no había sido concluida la parte concerniente al DIPr., la Comisión Redactora en la nota de elevación menciona que “un proyecto separado de Ley de Derecho Internacional Privado deberá ser tratado simultáneamente con aquel”. Se encomendó la elaboración de un Proyecto a la distinguida profesora de la Universidad Nacional de Córdoba Dra. Berta Kaller de Orchansky. La Dra. Orchansky incorporó a la tarea como colaboradoras a las Dras. Amalia Uriondo de Martinoli y Beatriz Pallarés. El trabajo fue presentado como Libro VIII del Código Civil y Comercial Unificado (Proyecto al Libro VIII). A su vez la Comisión efectuó consultas con varios juristas especializados y se recibió opiniones y sugerencias de los profesores Miguel Ciuro Caldani, Gualberto Lucas Sosa e Inés Weinberg de Roca<sup>14</sup>.

Dentro de esta segunda tendencia se encuentra el Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial. En lo que sigue se tratará la estructura general del Título IV y se focalizará la atención en el Capítulo I de las Disposiciones Generales.

## II. La estructura del Título IV del Proyecto

El Título IV del Proyecto contiene el “nomen iuris” de Disposiciones de Derecho Internacional Privado.

El Título IV consta de 77 artículos ordenados en Capítulos. Las Disposiciones Generales constan de dos Capítulos: el Capítulo I regula los problemas generales del DIPr. referentes al derecho aplicable (Capítulo I) y jurisdicción internacional (Capítulo II)(Arts. 2594 a 2600) y el Capítulo II trata de cuestiones predominantemente procesales (Arts 2601 a 2612). El Capítulo III contiene la Parte Especial (Arts. 2613 a 2671) la que está, a su vez, subdividida en 15 Secciones. Los problemas que solucionan las Secciones son los siguientes: Personas Humanas (Sección I, Arts. 2613 a 2620); Matrimonio (Sección 2ª., Arts. 2621 a 2626); Unión convivencial (Sección 3ª, Arts. 2627 a 2628); Alimentos (Sección 4ª, Arts. 2629 a 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 menores (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 a 2655); Responsabilidad Civil (Sección 13ª, (Arts. 2656 a 2657); Títulos valores (Sección 14ª, Arts. 2658 a 2662); Derechos Reales (Sección 15ª, Arts. 2663 a 2671):.

Las Disposiciones de derecho internacional privado aparecen, entonces, como último Título del Proyecto de codificación.

Su primera parte –llamada Disposiciones generales (Capítulos I y II) – responde a la cuestión de la jerarquía de las fuentes y a los problemas que surgen cuando el extranjero es el aplicable (Capítulo I). A su vez, el Capítulo II enfoca la jurisdicción internacional y problemas que hacen a la cooperación procesal internacional (Capítulo II).

14. Sosa, Gualberto Lucas, “Las Normas Generales de Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado en Argentina”. Max Planck Institut, Fur Ausländisches und internationales Privatrecht, *Liber Amicorum* Jürgen Samtleben, Coordinadores Jan Kleinheisterkamp y Gonzalo A. Lorenzo Idiarte. P. 191 y ss.

### 1) Capítulo 1.

En lo que sigue se considerarán brevemente algunas de las cuestiones y soluciones brindadas en el Capítulo I. Cuando hubiere lugar se hará referencias al derecho vigente y a algunos de los Proyectos que se estima significativos. En estos casos y a fin de que el lector compare se transcriben algunos textos conjuntamente con el del Proyecto en análisis –. Por último, se realizará una estimación general del Proyecto.

#### 1.1 - Problemas Generales del DIPr. (Arts. 2594 a 2600).

1.1.2 – Podría estimarse que el artículo 2594 contiene, si se quiere, dos normas: una enfoca el objeto de las disposiciones del Título IV y la otra la cuestión de la jerarquía de las fuentes. Reza como sigue:

“ARTÍCULO 2594.- **Normas aplicables.** Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por los tratados y las convenciones internacionales 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.”

Este precepto sigue, en lo esencial al artículo 1 de la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado elaborada en la ciudad de Montevideo (Uruguay) en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) en 1979.<sup>15</sup> Su contenido no produce, entonces, ningún sobresalto.

La primera parte del artículo 1 dice: “La determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta convención y demás convenciones internacionales...”

Cabe apuntar que el artículo 2594 se aparta formalmente de su fuente. Contiene una redacción que se puede considerar, por lo menos, discutible. Se puede conjeturar que con la expresión “las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales” los autores han querido en forma elíptica, identificar el problema básico u objeto del DIPr. Si esta fuera la intención se sugeriría se siga la secuencia ontológica y, por ende, lógica: son las situaciones vinculadas a varios ordenamientos jurídicos nacionales, los que reclaman una solución acorde con sus conexiones internacionales. Es decir, los datos sociológicos preceden a la respuesta normativa: primero Caín mató a Abel (realidad social), luego se vio que era malo (valoración) y por ello se decide prohibir el homicidio (respuesta normativa).

La segunda reflexión apunta a la expresión “tratados y convenciones internacionales” que no tiene la Convención Interamericana. Ambos vocablos –al igual que los acuerdos– no acusan diferencias significativas en el Derecho Internacional Público (DIPú). En cambio, se reconoce otra entidad a los protocolos que siempre son fuentes complementarias.

Un tercer reparo refiere a la expresión “las normas jurídicas aplicables...se determinan por los tratados...”. Nótese que en la Interamericana se dice que “la norma aplicable...se sujetará...” locución –se estima – más acertada. El término “determinación” refiere a normas incompletas que requieren se completadas por otras. Así, por ejemplo, las normas penales que son indeterminadas en la sanción: por ej. el artículo 79 del Código Penal que prescribe que “el que matare a otro tendrá de 8 a 25 años de prisión o reclusión”. El juez la completará (determinará) según las circunstancias del caso. También son incompletos ciertos tratados –llamados tratados no operativos– que requieren de una ley que los determinen. Otro tanto ocurre de las leyes que necesitan de un decreto reglamentario. El lenguaje jurídico es un lenguaje técnico, no literario, y la expresión “determinación” desde Santo

15. Aprobada por ley 22.921 (Boletín Oficial 27/09/1983).

Tomás a la fecha se encuentra muy bien tratado por la doctrina.<sup>16</sup> El artículo 1 de la C. Interamericana habla de la “determinación de la norma jurídica aplicable a situaciones vinculadas con derecho extranjero” en el sentido de encuadramiento del caso a la norma y no que “las normas se determinan por los tratados y convenciones”

En realidad las normas jurídicas aplicables no se determinan por los tratados internacionales ni por fuentes de origen interno. Las normas, en todo caso se insertan en las fuentes las cuales pueden ser convenciones o normas de origen interno. En síntesis, la fuente es el lugar de constancia de las normas.

La segunda norma del artículo 2594 –como no podía ser de otro modo– da prioridad a los tratados por sobre la ley de origen interno. Ello está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional y con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo el 5/12/72 y en vigor desde el 27/1/80). El precepto constitucional fue precedido por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos “Ekmekdjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros, CSJN, 07/07/1992 y “Café la Virginia SA (La Ley 1995 - Tomo D-1). La doctrina había propugnado este orden jerárquico.<sup>17</sup>

Por último, si “normas jurídicas aplicables” significa el derecho aplicable exclusivamente, se ha dejado de lado a la jurisdicción internacional y a la cooperación internacional, que, conjuntamente con el derecho aplicable a los problemas generales y especiales constituyen el contenido del Título IV y a los que les cabe el criterio de la jerarquía de fuentes. Si bien siempre se puede decir que el derecho aplicable comprende tanto el aplicable a los diferentes problemas –matrimonio, filiación, cheques– como a la jurisdicción, no refleja claramente la realidad del binomio que siempre se trata por separado como las dos columnas del DIPr. desde la anciana teoría anglosajona hasta nuestros días.

En síntesis: si el Artículo solo refiere a la jerarquía de las fuentes, falta una disposición que establezca el objeto. Si enfoca ambos supuestos, parte de las normas cuando, en realidad debería partir de los casos. Se incluye a tratados y convenciones como dos posibilidades cuando en realidad se trata de una sola. En los dos ámbitos se deja de lado la jurisdicción y la cooperación internacional.

A pesar de las observaciones en la redacción se estima razonable su contenido en cuanto a que regula las situaciones internacionales y la reafirmación –quizá en actitud docente – de la preeminencia de los tratados sobre las normas de origen interno.

El objeto y la jerarquía de las fuentes se hallan reflejadas en los Artículos 1º y 2º del Proyecto elaborado en el marco del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Resoluciones Números 191/02 y 144/02) (en adelante Proyecto 2003) que rezan así:

“ARTÍCULO 1º.- Objeto. Este código se aplica a los casos privados con elementos extranjeros. Regula a su respecto la jurisdicción internacional y el derecho aplicable.

ARTÍCULO 2º.- Tratados internacionales. Las disposiciones contenidas en los tratados internacionales vigentes tienen preeminencia, en sus respectivos ámbitos de aplicación, sobre las normas de este código en los términos de la Constitución Nacional.”

Como puede advertirse el Proyecto del Ministerio de Justicia dedicó sendos preceptos para resolver sendas cuestiones. Esta circunstancia y la redacción comunican más fácilmente el propósito pretendido.

16. Werner Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Depalma, 6ª. edición, p. 280 y ss.

17. Werner Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Depalma, 6ª. edición, p.323 y ss.

1.1.3 - El siguiente artículo de las Disposiciones Generales es de vital importancia en el funcionamiento de las normas del DIPr. Trata de algunos de los problemas que se pueden presentar cuando –a raíz de que la aplicación de las normas del DIPr. propio– resulta aplicable un derecho extranjero. El Proyecto establece lo siguiente:

**ARTÍCULO 2595.- Aplicación del derecho extranjero.** 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;
- b) si existen varios sistemas jurídicos cointervinientes 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 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.

El artículo 2595 resuelve varios problemas: la aplicación e interpretación del derecho extranjero (literal a); la cointervención de derechos respecto a un mismo problema en el país cuyo derecho se aplica (literal b); la multiplicidad de derechos aplicables a una o varias relaciones jurídicas (literal c).

La primera prescripción del literal a) puede interpretarse como la “obligación” de la autoridad de aplicar el derecho extranjero cuando así corresponde por las circunstancias del caso. Tal alcance pareciera desprenderse de la expresión “el juez establece su contenido”. De no darse esta significación y de interpretarse literalmente esa expresión se llegaría a un sin sentido: no es el juez argentino el que “establece” el contenido del derecho extranjero. En todo caso –previo a resolver el problema de las calificaciones– encuadra el conflicto que tiene que resolver en la norma extranjera apropiada. Autoriza a pensar que fue la expresión elegida para ordenar la aplicación de oficio del derecho extranjero el hecho de que el “establecer su contenido” viene acompañado de la salvedad de que las partes pueden también alegarlo y probarlo. No obstante, hay que reconocer que el principio de la oficialidad no surge nítidamente de la redacción del literal. Comprensible en el contexto en que se ha producido el Título IV, es decir en el marco de un código de derecho privado.

Si no se impusiera al juez la obligación de aplicar el derecho extranjero –cuando lo ordenan las normas indirectas propias a raíz de las circunstancias del caso– todas las normas del DIPr. serían de carácter dispositivo. Piénsese en cuestiones personales como las normas sobre capacidad, nombre de la persona, matrimonio, filiación, adopción, sucesiones, por ejemplo. Se trataría de un derecho negociable. Las partes podrían ponerse de acuerdo en no invocarlo ni probarlo. La autoridad, en este caso, se vería en la obligación de aplicar el derecho propio, aun si a todas luces el problema tiene un contacto fuerte con el extranjero y las normas de conflicto propio conducen a él.

Más aún. Dejar la solución del problema a la voluntad de las partes en la fuente de origen interno, acarrearía como consecuencia que –según se aplique un tratado internacional o el Título IV– el juez deberá aplicar de oficio el derecho extranjero, cuando corresponde, por la aplicación de las normas del DIPr. o será un convidado de piedra si las partes no lo alegan y prueban.

En efecto, la obligatoriedad de aplicar derecho extranjero ya se encuentra en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. El artículo 2 de ambas fuentes establece que las autoridades deben aplicar el derecho extranjero de oficio sin perjuicio de que las partes lo

aleguen y prueben.<sup>18</sup> Como se advierte, ya en 1889 se daba importancia al funcionamiento de las normas de DIPr. Piénsese que había muchos menos medios para la investigación del derecho extranjero. En 1940 se refirma esta solución. La misma respuesta jurídica la da el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado. La Argentina la aprobó por Ley 22.921 BO27/09/1983.

Vélez Sarsfield, en cambio, dispuso en el artículo 13 que el derecho extranjero es un hecho que debe alegarse y probarse. Es decir, incorpora el principio dispositivo por lo que deja a criterio de las partes la aplicación de las normas del DIPr. y al mismo tiempo avanza sobre la competencia de las provincias en materia procesal. El principio dispositivo se halla también en el artículo 377, ley 22.434.

La aplicación de oficio del derecho extranjero es la posición de los Proyectos de códigos o leyes de DIPr. v.gr. el artículo 10 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales del Ministerio de Justicia de 1974. También el Proyecto Actualizado (art. 8) y el Proyecto al libro VIII ordenan la aplicación de oficio (Art 2534).

El Proyecto 2003 resuelve varios problemas –además de la aplicación de oficio del derecho extranjero – y avanza en las vías de información. El artículo 11 establece lo siguiente:

“Derecho extranjero. Los tribunales deben aplicar de oficio el derecho extranjero designado por las normas de conflicto, sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido.

Por derecho extranjero se entiende la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los tribunales del país cuyo derecho es aplicable.

La información y prueba del derecho extranjero puede obtenerse, entre otros, por los siguientes medios:

- a) informes de tribunales y autoridades del país de referencia, cuando ello fuera posible;
- b) dictámenes de expertos en ese derecho;
- c) textos legales y precedentes jurisprudenciales con indicación de su vigencia, obtenidos de manera fehaciente.

No puede rechazarse la demanda por falta de prueba del contenido del derecho extranjero que correspondiera aplicar”.

La pregunta que podemos hacernos es: ¿porqué los autores del Título IV no dejan entrar por la puerta grande a la obligación de aplicar el derecho extranjero cuando así lo prescriben las normas propias del DIPr.?

Se puede arriesgar una respuesta. El principio de la oficialidad sobrecarga a nuestros ya esforzados jueces con la búsqueda de un derecho que muchas veces es esquivo. Es decir, el principio de la oficialidad se encuentra indisolublemente vinculado con el problema de la información del derecho foráneo. Y no se deja de tener razón...a menos que se conozcan los medios para obtenerlo.

La previsión de la averiguación del derecho extranjero es de vieja data para el derecho argentino y es regulada por varias fuentes. Así, por ejemplo, los artículos 5 y 6 de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 tratan de la información del derecho extranjero y obligan a los gobiernos a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países. Facilitar la obtención del derecho extranjero es la contrapartida al principio de la oficialidad, consagrado en el artículo 2 por ambos Protocolos.

18. Así lo entendió la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (resolución del 28/04/2004. Soto, Javier c. EXXE S.A. LLBA, 2004, 18-1318. En un contrato de trabajo con lugar de cumplimiento en la República del Perú el Tribunal aplicó el artículo 2 del Protocolo Adicional por el que no se requiere –reconoce la Suprema Corte– que el derecho extranjero aplicable se alegue o pruebe por las partes, pues se acepta la tesis de la oficiosidad. En cambio, aplica el art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1976 en vez de aplicar el TDCIM 1889 en vez de las normas del Tratado. Llama la atención que la remisión al derecho peruano la extrae d (ADLA, XXXVI-B, 1175)

También ha sido previsto por varios tratados vigentes en nuestro país. Algunos tratan especialmente este problema y otros refieren a la cuestión en el marco de otros problemas. En el primer supuesto se cuenta con el llamado Convenio de Brasilia sobre Información en materia jurídica respecto del Derecho Vigente y su Aplicación (ley 21.447), el Convenio argentino-uruguayo sobre Información y Aplicación del Derecho Extranjero (Ley 22.411), la Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero (23.506 BO20/10/1987).<sup>19</sup>

En el segundo supuesto, se cuenta, por ejemplo, la Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento y Ejecución de Sentencias en materia Civil entre la República Argentina y la República Italiana firmada en Roma el 9-12-78, art. 8 (Ley 23.720; B.O. 23/X/87); la Convención de Cooperación Judicial entre la República Argentina y la República Francesa suscripta en París el 2-7-91 (Ley 24.107 (B.O. 4/VIII/92); el Acuerdo sobre Cooperación Judicial en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa celebrado entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil, suscripto en Brasilia el 20-VIII-91, Ley 24.108 (B.O. 4/VIII/92).

El Protocolo de Cooperación y Asistencia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa del MERCOSUR - llamado Protocolo de Las Leñas (Ley 24.578) -vigente en los cuatro Estados Parte –Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay – regula la cooperación en la información del derecho extranjero (arts. 28 a 30). La obligación se encuentra en cabeza de las Autoridades Centrales.<sup>20</sup>

La mayoría de los medios y vías de información que han sido previstas por los Convenios vigentes son bastante semejantes<sup>21</sup>.

En primer lugar hay que prever la información a través de órganos gubernamentales. En el Convenio argentino-uruguayo y en la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero se avanza un poco más: se ordena a las autoridades a tratar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces y autoridades del Estado cuyo derecho deben aplicar.

Otra vía de información es a través de Jurisconsultos especializados sean nacionales o extranjeros. El acceso a la información, la facilidad de las comunicaciones, la interacción internacional permite hoy en día confiar tanto en el jurista argentino como en el extranjero. El dictamen del especialista tiene una doble función: como medio de prueba del derecho extranjero aplicable y como opinión solvente sobre la interpretación de ese derecho. En ambos casos el juez no está obligado (art. 477 CPoc.Civ.Com.),<sup>22</sup>.

19. El llamado Convenio de Brasilia sobre Información en materia jurídica respecto del derecho vigente y su aplicación fue elaborada en Brasilia el 22-IX-72 por la Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas y Firmado en Buenos Aires por la Argentina, España y Paraguay. Ver Goldschmidt, I. C. Pág. 505. Goldschmidt considera a España como ratificante, aunque la sede permanente de la Conferencia (Madrid) no la incluye. Ver también Boggiano, A., Derecho Internacional Privado, T. II, 2ª ed. Depalma, pág. 365. Piombo, Horacio en la Estructura Normativa del Derecho Internacional Privado, Depalma, 1984. Transcribe los textos de ambos convenios en la pág. 574 y ss. Ver también de Alicia Perugini: “Algunas novedades sobre la aplicación del derecho extranjero” en La Ley, 1976, Tomo C, p. 556.

20. El Protocolo se encuentra vigente en el MERCOSUR para todos los Estados / Argentina: aprobado por ley N° 24.578, B.O.del 27-XI-95, depósito del instrumento de ratificación el 03-VII-96; Brasil: promulgado por Decreto N° 2.067, D.O. 19-IV-95, Decreto Legislativo N° 55, promulgado el 12-XI-96, depósito del Instrumento de Ratificación el 16-II-96; Paraguay: Aprobado por Ley N° 270/ 93, D.O 12-IX-95, Depósito del Instrumento de Ratificación el 12-IX-95; Uruguay: Aprobado por Ley 16.971, D.O. 2-VII-98, depósito del Instrumento de Ratificación el 20-VII-99.

21. Tellechea Bergman, Eduardo. “Cuestiones Procesales Relativas a la Aplicación de la Ley Extranjera”, en “Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional”, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Acali editorial, Montevideo, 1979, p.35.

22. Solari Barrandeguy, Marcelo, en “Primeras Jornadas Rioplatenses de Derecho Internacional”, Asociación Uruguaya de Derecho Internacional, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Acali editorial, Montevideo, 1979, p.53. Alicia M. Perugini de Paz y Geuse: “Crónica del Derecho Internacional Privado argentino durante 1976”- La Ley, T. 1977- B. Págs. 859-863.

Otra modalidad de la información especializada la constituye la tarea de las instituciones.<sup>23</sup> Publicaciones como *Rabels Ztschrft*<sup>24</sup>, Institutos como el Max Planck de Hamburgo, que además de las publicaciones tiene grupos de especialistas por regiones y materias que expiden informaciones sobre el derecho de diferentes países. La Unión Internacional del Notariado Latino creó la Oficina Notarial Permanente de Intercambio Internacional (O.N.P.I.) con sede en Buenos Aires. La O.N.P.I. tiene la finalidad de mantener informados a los países miembros de la Unión de los derechos vigentes. Las informaciones suelen estar en la Revista Internacional del Notariado Latino. La doctrina especializada ha publicado obras, algunas de ellas permanentemente actualizadas –así, por ejemplo, A. N. Makarov, A. Bergmann y M. Ferid, etc.–.

Los medios técnicos electrónicos es una de las principales vías para la información del derecho extranjero en nuestros días. La evolución de la tecnología informática permite “almacenar” los datos jurídicos. Si, además, el contenido del banco de datos abarca no solo las normas, sino la jurisprudencia y la doctrina, la información puede ser tan completa para el aplicador extranjero como la que esté al alcance del aplicador local, porque libarán en las mismas fuentes<sup>25</sup>.

Al respecto cabe recordar que en 1981 fue inaugurado el Sistema Argentino de Informática Jurídica (S.A.I.J.).<sup>26</sup> Se trata de un banco de datos que almacena los documentos jurídicos y funciona en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. El S.A.I.J. es público; nacional; global en cuanto a los aspectos sobre los que brinda información acerca de normas, jurisprudencia y doctrina nacional y latinoamericana; abierto en el sentido que no limita el número de usuarios, ni el contenido que se informa, ni el espacio geográfico al que se pretende brindar la información. También se auto titula flexible, pues permite adecuar su metodología y archivos a otros ordenamientos jurídicos.

Asimismo el S.A.I.J. contiene la opinión de los juristas vertidos en conferencias, artículos, libros, congresos, etc. Es un sistema en permanente crecimiento. En el Proyecto de expansión está prevista su inserción internacional. En suma, la información jurídica recabada y ofrecida satisface los requerimientos de la ciencia jurídica. Los sistemas nacionales, a su vez, pueden estar conectados a sistemas internacionales, lo cual permite un más rápido acceso a la información<sup>27</sup>.

No es de desdeñar la información por intermedio de los agentes consulares. Aunque no tiene profusa difusión, las autoridades consulares rinden un importante servicio en la información del derecho del país **en el que** prestan servicios. Los cónsules su vez, pueden investigar por sí o solicitarlo a profesionales destacados<sup>28</sup>.

En síntesis, es posible que la renuencia en algunos sectores de admitir el principio de la oficialidad en la aplicación del derecho extranjero se vincule con las dificultades respecto a su información.

23. Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numeral 378 y 378ª.

24. Tubinga, República Federal Alemana. Se puede consultar inclusive el mismo derecho latinoamericano, así por ejemplo *Der Territorialitätsgrundsatz im IPR. Latinoamerikas*, de Jürgen Samtleben.

25. Stahl, Jorge, “Comprensión jusfilosófica del Derecho de la Informática”, *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 21, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Consejo Asesor de Investigaciones, 1996, p. 103 y ss. En la obra citada, Orzábal, Josefina C., “Derecho de la Informática”, p. 103 y ss.

26. Werner Goldschmidt, *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*, basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Abeledo-Perrot, 10ª edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, numerales 378 y 378ª.

27. El desarrollo tecnológico, al que no poco aporte brindan los medios electrónicos y las puestas en órbita de los satélites, abrirán sin duda, un amplio camino para la obtención de datos. Cabe mencionar la Interuniversity Communications Council (EDUCOM) que nació en el ámbito de la educación médica, pero que se ha extendido a otras disciplinas. Las universidades fundadoras fueron: University of Colorado, Harvard University, Duke University, University of Virginia, State University of New York, University of Pittsburg, University of Michigan, University of Illinois, and University of California. Hoy lo integran más de 500 centros de investigación y universidades, como por ejemplo la University of the World de La Jolla (California).

28. Así, por ejemplo, el juez H. Ferrer en una sentencia comentada por Alicia Perugini “La teoría de la unidad y cuestiones aledañas en una sucesión internacional”, *La Ley*, Tomo 1987 D, p. 805.

No obstante, el problema se encuentra francamente allanado: resulta difícil hoy en día no poder informarse del derecho extranjero.

Más arriba (\*\*) se analizó la primera prescripción del literal a). La segunda prescripción manda aplicar el derecho extranjero como lo harían los jueces del país cuyo derecho resulta aplicable. Esta solución fue preconizada por Werner Goldschmidt ya en 1935 pues advirtió del peligro de interpretar el derecho extranjero con el criterio del juez donde pende el proceso. Algo así como interpretar el derecho chino con criterio argentino. Goldschmidt decía que el juez debía ubicarse mentalmente el país cuyo derecho debía aplicarse e interpretar sus normas como esta autoridad lo haría. La llamó teoría del uso jurídico. Es el mayor tributo a la tolerancia que se puede reconocer y cabe aplaudir calurosamente su inclusión en el Proyecto. Claro está que el juez o la autoridad que debe aplicarlo necesitan tener buenos canales de información, como se acaba de ver.

La naturaleza del derecho extranjero que el Proyecto no aclara –v.gr., hecho común, hecho notorio, derecho nacionalizado, derecho extranjero de igual o de inferior valor que el derecho propio– ; la modalidad de su interpretación –por ejemplo respetar la que se realiza en el extranjero– no se debe confundir con los problemas de la información y del tratamiento procesal del derecho extranjero que se acaba de ver. Uno de los grandes hallazgos de Goldschmidt fue separar la naturaleza del derecho extranjero que pertenece al DIPr. “*proprio vigore*” de la cuestión procesal que forma parte del Derecho Procesal Internacional. Como cuestión procesal en la Argentina es competencia de las Provincias.

El Convenio Argentino-Uruguayo del 20/11/1980, sobre Aplicación e Información del Derecho Extranjero (ley 22.411), ha aceptado la teoría del uso jurídico. La Convención de Asistencia Judicial y de Reconocimiento de Sentencias en Materia Civil entre la República argentina y la República Italiana (Ley 23.720) trata de la información recíproca del derecho vigente (art. 8). También se cuenta con la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (ley 23.506). La obligación de aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero se encuentra también en la Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado y hace a la calidad del derecho extranjero (Art. 2).

Todos los acuerdos se ocupan de precisar quienes pueden solicitar la información y ante que autoridad del propio país la gestionarán; a que funcionarios del país requerido solicitarán el informe, quienes podrán dictaminar, el carácter del dictamen (obligatorio o facultativo) y la responsabilidad por la información. Las autoridades o personas competentes para responder pueden serlo el mismo órgano de recepción u otros órganos del Estado requerido (por ej. art. 5° Convenio de Brasilia, art. 6 de la Convención Interamericana), o quienes tienen idoneidad para expedirse (por ej. Art. 3, b Convención Interamericana), sea a través de instituciones (universidades, centros de investigación, etc.), sea por asesores designados *ad hoc*. En todo caso, el contenido de la información no debe limitarse a la mera exposición de la legislación vigente, sino que debe ir acompañado de jurisprudencia y doctrina.<sup>29</sup>

En síntesis, la preocupación de la autoridad judicial acerca de que el principio de la oficialidad incorporada en el orden interno acarrearía muchas veces dificultades insalvables se relativiza por dos razones. La primera porque se cuenta con muchas fuentes ¡algunas desde 1889! que preceptúan el principio de la oficialidad. La segunda porque hoy en día se puede decir que la mayoría de las veces quien no halla el derecho extranjero es porque no se ha aplicado en encontrarlo.

El literal b) del artículo 2595 enfoca el problema de la posibilidad de que haya multiplicidad de derechos vigentes –cogencia– acerca de un mismo problema en el país cuyo derecho es aplicable. Tal el caso de los diversos estados de los Estados Unidos de América, los cantones de Polonia y de Suiza, los derechos forales españoles y los múltiples derechos vigentes en el Estado de Israel sobre drusos, palestinos, beduinos, protestantes, católicos, etc. Sea que se trate de delimitaciones territoriales o personales, las normas no suelen distinguir a cuál de los derechos vigentes extranjeros hace

29. Werner Goldschmidt. Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Abeledo-Perrot, núm. 378<sup>a</sup>, p. 1006 y ss.

referencia lo cual requiere una solución especial. Dejar que el problema lo resuelva el derecho interregional, interestadual o interpersonal del país cuyo derecho es aplicable es la solución razonable y en armonía con la teoría del uso jurídico aceptada por el Proyecto en el literal a) comentado. Si el Estado extranjero no dijera nada al respecto, el problema se resuelve por aquel de los sistemas jurídicos con el cual se tienen vinculaciones más cercanas.

También enfoca el problema de modificaciones en el derecho extranjero: verbigracia una ley es derogada por otra ley ¿a cuál de ella tiene que acudir nuestro aplicador? Por ejemplo, se otorga una adopción en el Uruguay. Hay que aplicar el artículo 23 del TDCIM de 1940 que establece que su validez se rige por los derechos de los domicilios de adoptante y adoptado. Con motivo de la herencia del adoptante se discute ante un tribunal argentino la validez de la mencionada adopción. Si hubiera cambiado la ley extranjera de adopción: ¿cuál de las dos leyes extranjeras de adopción es la aplicable? Tratándose de derechos extranjeros sucesivamente vigentes, el Proyecto contiene una solución justa: nuestro juez debe partir del derecho transitorio extranjero y, según que comulgue con la irretroactividad o la retroactividad, aplicar la ley derogada o la ley vigente. Claro está que cualquiera de ambas soluciones podría ser rechazada por infringir el orden público (vigencia sucesiva).

El artículo 9 del Proyecto 2003 contiene una redacción semejante al del Proyecto en análisis. Posiblemente el Proyecto aventaje al del 2003 cuando resuelve la cuestión de la falta de respuestas en el derecho aplicable. Ello se suele dar especialmente en el caso de la covigencia. El Proyecto le da libertad al juez de buscar en el país cuyo derecho se aplica otras conexiones significativas. Por ejemplo, conduciría a buscar soluciones subsidiarias: si hubiere de aplicarse el derecho de la nacionalidad, habría que acudir al del domicilio. Empero, en una situación podrían encontrarse conexiones más significativas que el domicilio.

El literal c) resuelve cuestiones complejas: diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. Verbigracia, se discute la validez en torno a la capacidad, la forma y la validez intrínseca de un contrato. A raíz del método analítico cada cuestión se rige por su propio derecho. Así la capacidad se regirá por el derecho del domicilio, la forma por el derecho del lugar de celebración, la validez intrínseca por el derecho elegido por los contratantes o en su defecto, por el derecho del lugar de cumplimiento. O bien diversos derechos aplicables a otras tantas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso. Podría tratarse de validez del matrimonio que se rige por el derecho del lugar de la celebración, el régimen de bienes por lo que digan las capitulaciones o el derecho del primer domicilio conyugal, los efectos personales por el derecho del domicilio, la separación y disolución por el derecho del domicilio, por ejemplo. En el supuesto que todos los derechos aplicables conduzcan a diversos Estados la atomización podría llevar a resultados incongruentes.

En estos casos el Proyecto dispone la armonización de la solución a la que conducen. El literal c) habla de armonizar los “derechos” no obstante que los derechos son pétreos y no se armonizan. Lo que se busca es armonizar la solución inspirada en la equidad. El nuevo “derecho” que surge es el que ha requerido de la armonización o equidad de la respuesta.

Ahora bien, podría darse una segunda interpretación a la expresión del literal c). Se podría desmembrar las expresiones “diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica, por un lado y diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso”, por otro.

Comenzamos con el primer supuesto: “...si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica...”. En esta segunda interpretación englobamos tanto a los elementos de validez de un acto –capacidad, forma, validez intrínseca (consentimiento, objeto y causa)– como a los efectos en el régimen de bienes, efectos personales, separación y disolución del matrimonio. Para estas hipótesis Goldschmidt acudía al método sintético-judicial que está dirigido al juez y que pretende recomponer la solución incongruente a la que puedan conducirnos la diferencia de ordenamientos jurídicos aplicables. Boggiano le llama “adaptación”.

Empero la expresión “...diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso...” abarcaría cuestiones relativamente autónomas pero concatenadas al hilo de un proceso. Así, por ejemplo, en una sucesión se discute la validez del matrimonio o la filiación o la adopción. Si esta segunda in-

terpretación fuera la correcta estaríamos ante el problema de la llamada cuestión previa, ampliamente conocida por la doctrina nacional e internacional.

Ahora bien, si al literal c) se le da la primera interpretación la solución es plenamente aceptable. Empero, habría una laguna respecto al problema de la cuestión previa. En cambio, si le damos la segunda interpretación, la respuesta a las hipótesis planteadas por la norma a la cuestión previa es insuficiente. En efecto, no resultaría sencillo a Su Señoría precisar sin ninguna duda que la expresión refiere a la cuestión previa. Menos fácil aún será hallar la solución en la expresión "...esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos." Solución extremadamente imprecisa ante un problema al que la doctrina nacional e internacional acercó tantas soluciones. En todo caso, debería darse una solución e incorporar la última expresión solo si la respuesta brindada resulta irrazonable frente a un caso dado.

A los efectos de comparar las soluciones a los diferentes problemas planteados se transcribirán soluciones ofrecidas por una fuente vigente y proyectos de DIPr.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado elaborada en el marco de la OEA trató el problema en un recinto con encendido debate. El resultado conciliatorio de las diferentes posiciones fue el siguiente: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última". Como se advierte el problema se presenta a "cara lavada" en el artículo 8: se sabe abiertamente a qué problemas refiere y le da al juez un camino alternativo.

Los problemas que han salido a la luz de la conciencia teórica y se agrupan orgánicamente en la Parte General del DIPr. aparecen en los casos problemáticos: haya o no una respuesta en el Título IV. Sea ello como fuere en el caso de la cuestión previa la autoridad no ignorará que ya hay una solución de carácter general en la Convención Interamericana. Precisamente por ser un problema de la Parte General y una fuente vigente está obligada a La Convención Interamericana no contiene una norma categórica sobre la cuestión previa y dispone que las cuestiones incidentales no deben necesariamente regirse por el derecho que rige la principal. seguirla. Bien es cierto que la Convención Interamericana no contiene una norma categórica sobre la cuestión previa y solo dispone que las cuestiones incidentales no deben necesariamente regirse por el derecho que rige la principal. Pero por lo menos le advertirá que puede adherir a alguna de las teorías conocidas.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia de 1974, reza como sigue: "Art. 3: Si una disposición declara un derecho aplicable a una determinada controversia, la disposición se refiere exclusivamente a aquella, y no a cualquier otra condicionante de la misma o concomitante con ella."

El Proyecto del Libro VIII establece en el artículo 2537: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, deben resolverse conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro, prescindiendo del derecho que regula la cuestión principal."

El Proyecto del Ministerio de Justicia de 2003 adhiere a la teoría de la equivalencia con primacía del Derecho Internacional Privado. Dice lo siguiente en su artículo 7 de las Disposiciones Generales:

"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 país del tribunal que interviene."

Más adelante –en el Capítulo IV referente a los Actos Jurídicos– dice el artículo 64:

"... Salvo disposición especial, los actos jurídicos accesorios están sometidos al derecho que se aplica al acto principal."- Se advierte que por partida doble se habla de principal y accesorio sin aclarar su alcance.

La teoría de la equivalencia tiene la preferencia en los Proyectos.<sup>30</sup>

30. Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia, Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Actualizado por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Editorial Abeledo-Perrot, 10ª edición. Buenos Aires, R. Argentina, año 2009, numeral 111 y ss, pág. 187 y ss.

1.2 – La solución del artículo siguiente conecta los derechos internacionales privados de por lo menos dos países con los cuales el caso tiene contacto.

**ARTÍCULO 2596.- Reenvío.** 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 reenvío está recogido en el artículo 2596. Como se recuerda es uno de los grandes problemas generales del DIPr. Es loable la coherencia de los autores del Proyecto pues, una vez aceptado el “uso jurídico” la aceptación del reenvío caía de maduro. En efecto, si por un lado, como dice el artículo 2595 a) la autoridad debe aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero, habida cuenta que el caso es internacional para el juez propio es altamente probable que también lo sea para el juez extranjero. Por ello esta autoridad partiría de su propio DIPr. También es razonable que si el derecho extranjero conduce, por las circunstancias del caso, al derecho argentino se esquivé el DIPr. argentino que ya se aplicó y se acuda directamente al derecho privado argentino. Por último también es ajustado a la realidad no acudir al reenvío en el supuesto que las personas hayan elegido un derecho de otro país que aquel al que conducirían las normas del DIPr. propias, salvo pacto en contrario.

El reenvío está recogido indirectamente por el artículo 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales del DIPr. que obliga a aplicar el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero.

El Proyecto 2003 acepta el reenvío en el artículo 10 cuando establece que

“Deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable. Cuando las partes eligen el derecho se entiende, salvo pacto en contrario, que se refieren al derecho interno”.

Se suele decir que la tendencia en las convenciones internacionales de DIPr es la de rechazar el reenvío. Así por ejemplo, la Convención sobre Ley Aplicable a los Contratos de Intermediarios y a la Representación adoptada el 14 de mayo de 1978 por la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya (ley 23.964, ADLA, LI-C, pág. 2832 y ss.). Esta Convención, entre otras cuestiones, regula el Derecho aplicable al establecimiento y a la validez de la relación de representación entre el representado y el intermediario. Consagra en primer lugar a la autonomía de la voluntad y la elección refiere al derecho interno del Estado y no a las normas del Derecho Internacional Privado. De no haberse utilizado la autonomía o esta no hubiere respetado las disposiciones de la Convención, se aplicará el derecho del Estado donde el intermediario tiene su establecimiento profesional o, en su defecto, su residencia habitual (art. 6). También esta norma subsidiaria refiere a la legislación interna descartando las normas de DIPr. o normas de conflicto.

También el Protocolo de San Luis en materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito entre los Estados Parte del MERCOSUR pareciera que esquivó el reenvío.<sup>31</sup> Regula el derecho aplicable y la jurisdicción internacional en materia de responsabilidad civil por accidentes de tránsito producidos en un Estado del MERCOSUR cuando participen o resulten afectadas personas domiciliadas en otro Estado Parte. La primera parte del artículo 3 del Protocolo, dispone que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se rige por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Como se advierte, lo circunscribe al derecho interno y no al DIPr.

Aunque pareciera a simple vista que el envío al derecho interno excluye el reenvío en el ámbito internacional, la apariencia no se compeadece con la realidad. En efecto, si bien ambas fuentes

31. Fue aprobado en San Luis (R. Argentina) el 25 de junio de 1996 por Decisión 1/96 por el Consejo Mercado Común (CMC). Errata 19/6/97, Dec. CMC 6/97, Ley 25.407. Se encuentra en vigencia desde el 19/8/99. Ha sido ratificado por la Argentina, el 20/11/01; Brasil el 30/1/01; Paraguay el 20/1/98 (ley 1205/97) y Uruguay el 20/7/99 (ley 17.050) El Protocolo mercosureño cuatrelateralizó el convenio Argentino-Uruguayo de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de Tránsito, aprobado por la Argentina la ley 24.106.

remiten al derecho interno, se trata de una solución natural si se piensa que tanto la Convención de La Haya como el Protocolo del MERCOSUR contienen normas indirectas. Es decir que ya se ha atravesado por las normas de DIPr. común a los países ratificantes o adherentes.

Cabe recordar que Italia no aceptaba el reenvío en el llamado Código Mussolini. Empero la ley 218 de 1995 lo incorporó en su art. 13.

1.3- Los autores del artículo siguiente conocen muy bien la complejidad de las situaciones y actos jurídicos multinacionales. No siempre es posible encuadrarlos en el DIPr. vigente por lo que es menester acudir a la justicia material. Siempre, claro está que no se utilice el artículo 2597 como escape para respetar los derechos aplicables.

**ARTÍCULO 2597.- Cláusula de excepción.** Excepcionalmente, 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. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

1.4 – La existencia de países normológicamente soberanos es una tentación para las personas que buscan vivir en un país –la Argentina, por ejemplo – con el derecho de otro cuyas normas le convienen, problema llamado del fraude a la ley que trata el artículo 2598.

**ARTÍCULO 2598.- Fraude a ley.** 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 artículo 2598 mantiene el fraude a la ley como excepción a la aplicación del derecho extranjero. Llama la atención que –habida cuenta que se regula también la jurisdicción internacional– no se haya dicho nada del fraude a la jurisdicción. En efecto, la manipulación de la realidad puede efectuarse desde el vamos para conseguir una jurisdicción favorable o bien respetar la jurisdicción y manipular los hechos para conseguir que el juez natural aplique un derecho favorable a las pretensiones. Más aún, muchas veces el fraude lo es a la jurisdicción por la conveniencia del derecho que habrá de aplicar el juez extranjero. Quizá los autores han estimado que la expresión “derecho aplicable” comprende ambos contenidos porque siguen a la concepción anglosajona que estima que el DIPr. abarca ambos problemas. Empero, en ese caso no habría que aludir al derecho aplicable sino a las normas del DIPr. no disponibles que podrían abarcar ambos supuestos. Aun en este caso parece conveniente distinguirlos.

El artículo 6 de la Convención Interamericana sobre Normas generales trata el fraude: “No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios 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.”

Se estima que la redacción del Proyecto es más acertada que la de la Convención Interamericana. En efecto, el fraude funciona como hechos que intentan esquivar un derecho. Cuando el precepto vigente dice que no se aplicará “como derecho extranjero...” seguramente se quiso decir que no se aplicará “el derecho extranjero” cuando los hechos que conducen a la aplicación de ese derecho han sido creado artificiosamente.

La Convención también establece que la conducta fraudulenta evade “principios fundamentales...”. A estar literalmente a esta redacción no habrá muchos casos de fraude. En efecto, la violación de los principios propios por parte de una legislación extranjera hace al orden público del DIPr. La Convención ha dado tal carácter al fraude pues solamente se lo acepta cuando la manipulación fraudulenta en busca de un derecho apetecido viola el orden público internacional del DIPr. de un país y

no meramente sus normas coactivas. La Convención de Normas Generales, en cambio, es generosa cuando se trata de la protección de la actividad fraudulenta pues funciona no solo para proteger al propio Estado sino la de cualquier otro Estado Parte.

El segundo párrafo del artículo 6 de la Convención apunta a una cuestión probatoria como es la de determinar la intención fraudulenta que será tarea de las autoridades competentes. El hecho que se hable de “intenciones” no significa rechazar la posición objetiva de Goldschmidt respecto a la pareja de indicios –expansión espacial y contracción temporal – pues la autoridad competente muy bien puede echar mano de ella.

El Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado del Ministerio de Justicia de 1974 lo trata en el Art. 4: “Si una disposición declara aplicable un derecho con miras a determinadas circunstancias, ella se refiere a las circunstancias tal cual habrían sido en la época crítica, si los interesados no hubiesen intervenido con el fin de sustituirlos por otros que permitan la aplicación de un derecho diferente del aplicable sin su intervención y cuyas normas coactivas así intentan esquivar.”

El Proyecto 2003 alude al fraude a la ley y al fraude a la jurisdicción. El artículo 8 de este último Proyecto establece lo siguiente:

“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.”

Ninguno de los Proyectos refleja el problema que se origina cuando un caso es “relativamente fraudulento”, es decir cuando no puede decirse que la cuestión se encuadre decisivamente en el fraude. Tal el caso FM. Se trataba de una persona de nacionalidad austríaca. De Austria también era el origen de la fortuna familiar y gran parte de los bienes al tiempo del fallecimiento. Tuvo varios matrimonios, uno de ellos con una argentina de la que nacieron hijos. Se nacionalizó argentino. También poseía bienes inmuebles en nuestro país. Ya de avanzada edad y estando en Buenos Aires le diagnostican un mal incurable. Regresa a Austria, retorna a su nacionalidad austríaca, otorga un testamento dejando sus bienes a su última esposa y después de unos meses muere. Se inicia una sucesión en Austria y otra en la Argentina. La quinta esposa promueve la falta de jurisdicción de la Argentina fundamentando con un certificado austríaco la voluntad del marido de constituir domicilio en Austria. La justicia argentina declaró que el último domicilio era argentino, entre otras razones, por lo bien provisto que estaba el guardarropa. En este caso se trataba de fraude a la jurisdicción, el cual conduce al fraude a la ley.

El problema de conductas que no encuadran totalmente en una categoría se lo advierte también en el estudio de la buena fe.<sup>32</sup>

En síntesis, se estima que para que haya fraude la conducta haya sido decisivamente fraudulenta y no concomitantemente fraudulenta.

1.5 – Las llamadas norma de policía o de aplicación inmediata o internacionalmente imperativas hace generalmente a las políticas públicas, la más de las veces protectoras de algún sector de la realidad social. Acompañan a derechos nacionales y extranjeros aplicables.

32. Alicia M Perugini Zanetti: “La Buena Fe y el Derecho Internacional Privado”, en Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Director Marcos M. Córdoba, coordinadoras, Lidia M. Garrido Cordobera y Viviana Kluger, Tomo I, Editorial La Ley, 2004, p. 675 y ss.

**ARTÍCULO 2599.- Normas de policía.** 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.

Ahora bien, en el ámbito internacional la finalidad protectora se realiza contra algún sector extranjero no contra un sector propio. La obligación de aplicar el derecho extranjero sea por la autonomía de la voluntad al elegir un derecho extranjero, sea por la aplicación de las normas del DIPr. propio, viene acompañada de las reservas de las políticas públicas protectoras. Prácticamente se puede decir que se trata de normas de derecho público. En efecto, si la imperatividad internacional lo fuera del derecho privado se trataría del llamado orden público internacional. De ahí 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 –en cuestiones macroeconómicas, por ejemplo–.

La reserva de las políticas públicas en materia de Comercio Exterior –por ejemplo, importación-exportación– vienen acotadas por el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC) o por el marco más restringido de la integración –verbigracia el MERCOSUR–. En estas instituciones hay normas internacionalmente imperativas que los Estados ratificantes o adherentes deben acatar. Son normas comunes.

El precepto en análisis, entonces, pareciera que no se refiere a ellas. Enfoca, más bien situaciones con países no vinculados por tratados o bien refiere también a sectores acerca de los cuales no contamos con normas comunes imperativas.

Ahora bien, según el artículo en análisis cuando nuestras normas indican como aplicable el derecho extranjero también se aplican las disposiciones extranjeras protectoras de los intereses del país cuyo derecho se aplica –inclusive el de terceros Estados–. Si de políticas públicas de protección se trata no resulta fácil aplicar una disposición extranjera que no colisione con la nuestra. La salvaguarda que 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.

De la norma de policía dice Boggiano que “...autolimita exclusivamente la aplicabilidad del derecho nacional a un caso multinacional.”<sup>33</sup> Considera como fundamento el carácter de insustituibles de normas materiales internas que protegen intereses nacionales, como es el caso del artículo 604 de la ley 20.094.<sup>34</sup>

Respecto de la norma de policía Goldschmidt reflexiona lo siguiente: “...Derecho Público extranjero (llamadas normas de policía). Los casos mixtos suelen relacionarse con diferentes Estados. Sin embargo, las normas indirectas se orientan a veces exclusivamente con uno de ellos. Como corrección de este unilateralismo se propone aplicar ciertas normas del Derecho Público de los Estados preteridos. Se bautizan estas normas ‘normas de policía’. Aquí se confunde territorialidad ajena con extraterritorialidad pasiva. En el comentario al § 187, 2, b, del *Restatement Second* se da el siguiente ejemplo imaginario: Una sociedad de seguro domiciliada en X contrata un seguro con un asegurado domiciliado en Y por medio de un agente de la sociedad en Y. Según la póliza ha de aplicarse el Derecho de X. El asegurado había hecho informaciones falsas, lo que en virtud del Derecho de X

33. Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 124.

34. Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Segunda Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 125.

exime a la sociedad de sus obligaciones, mientras que según el Derecho de Y ella sigue obligada. Si el asegurado ahora deduce demanda ante los tribunales de Z, estos habrían de aplicar el Derecho de Y, y no el Derecho elegido de X. Conocida es la sentencia de la Cámara de los Lores en la causa “Ragazzoni c. Setbia”, de 1957. Un hindú había vendido yute a un comprador suizo, quien luego quería revender el yute a alguien en África del Sur. El contrato estaba sometido al Derecho inglés. El vendedor se negó a cumplir el contrato, porque la India prohibía la exportación de mercadería a África del Sur a causa del apartheid imperante en aquella República. La Cámara de los Lores dio la razón al vendedor. La doctrina de las leyes de policía aparece en algunos convenios. Mencionamos el art. 16 del Convenio 27 de La Haya del 14 de marzo de 1978, sobre el Derecho aplicable a los contratos de intermediación y a la representación. Reza del siguiente modo: “A partir de la aplicación de la presente Convención pueden ser aplicadas disposiciones imperativas de cualquier Estado con el que la situación presenta una relación efectiva, si y en la medida en la que, según el Derecho de este Estado, estas disposiciones son aplicables cualquiera fuese el Derecho designado por sus reglas de conflicto”. En otras palabras, es facultativo para el juez aplicar las normas rígidas del orden público internacional de cualquier Estado que tiene conexión con la causa, si bien su Derecho no fuese el aplicable con arreglo al DIPr. competente. Otro precepto pertinente es el art. 7 de la Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Comunidad Económica Europea). Esta disposición estatuye que si un contrato tuviese conexiones con otros Derechos que los aplicables y si aquellos contuviesen preceptos que reglamentarían el contrato de suerte tal que su reglamentación excluiría la aplicación de cualquier otro Derecho, han de considerarse estas reglamentaciones en cuanto su manera de ser y su especial finalidad pueden justificar su aplicación exclusiva. He aquí el art. 7: “En la aplicación, en virtud de la presente Convención, de la ley de un país determinado, pueden ser aplicadas disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presenta un contacto estrecho, si y en la medida en la que, según el Derecho de este último país, estas disposiciones fuesen aplicables, cualquiera fuere la ley que rigiere el contrato. A fin de decidir si estas disposiciones imperativas deben ser aplicadas, hay que tener en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que produce su aplicación o la omisión de aplicarlas’. Es fácil darse cuenta que la aplicación de las leyes de policía de cuantos Derechos tengan algún contacto con el caso, desvaloriza por completo la autonomía conflictual de las partes cuya finalidad de lograr para las partes seguridad jurídica deviene inasequible, tanto más cuanto esta aplicación ni siquiera es obligatoria sino facultativa, al menos en las disposiciones transcritas. Sería preferible a esperar en cualquier momento la intervención de una ley de policía como otro *deus ex machina*, excluir la autonomía conflictual de las partes en determinados supuestos, por ejemplo por la aplicación del Derecho más favorable al asegurado o por la aplicación del Derecho del país donde el contrato ha de cumplirse con respecto a la licitud de su cumplimiento. Merece mención que el Proyecto de reforma del DIPr. de la República Federal Alemana contenía una disposición similar al recién transcrito art. 7, pero que ella fue suprimida por iniciativa del Bundesrat y de la Bundesregierung (v. Karl Kreuzer, Erklärung eines generellen Vorbehalts zu Art 7 Abs. 1 des Übereinkommens vom 19.6.1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht?, en “IPRax”, Heft 6/ 1984, ps. 293 y ss.). V.: Bernd von Hoffmann, Ueber den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen, en “Rabels Ztschrft.”, Jahrgang, 1974, ps. 396 y ss.; Werner Goldschmidt, El S.O.S. del DIPr. Editorial Belgrano, Buenos Aires, 1979, p. 73. V.: Jan C. Schultz, Dutch Antecedents and Parallels to Article 7 of the ECC Contracts Convention of 1980, en “Rabels Ztschrft”, 47. Jahrg., 1983, ps. 267 y ss. El dictamen de la Procuración del Tesoro de la Nación de 7 julio 1983, expte. 49.042/82, Ministerio de Justicia, se declara en contra de las leyes de policía y desapruueba, por ende, la ratificación de la “Convention sur la loi applicable aux contrats d’intermédiaires et à la représentation”. V.: Bernard Audit, Extraterritorialité et commerce international. L’affaire du gazoduc sibérien, en “Revue Critique de Droit International Privé”, 1983, ps. 428 a 433.”<sup>35</sup>

35. Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia Basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Lexis Nexis. Depalma. Novena edición, p. 697 y ss.

Se estima la necesidad de profundizar más sobre el alcance. Su inclusión es conveniente en la medida que cualquier decisión del juez argentino que deba ser reconocida en el extranjero circulará en la medida que se cumplan sus normas internacionalmente imperativas. Empero, la mayoría de las veces entrará en colisión con las del juez.

El Proyecto de Código 2002 también trata a ese tipo de normas. Contiene la siguiente redacción:

“ARTÍCULO 15.- Normas de policía. 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.”

Como se advierte, el artículo 15 del Proyecto 2003 no prevé la aplicación de normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, lo que parece prudente.

Por otra parte el Proyecto 2003 –estimo– es demasiado generoso con la legislación extranjera al impedir su aplicación cuando su contenido fuese “incompatible con los principios de la legislación argentina”. Las necesidades de las políticas macroeconómicas, siempre versátiles e impredecibles, no puede decirse que constituyen “principios de la legislación argentina”, término reservado para el orden público internacional. En determinadas circunstancias se trata de cuestiones vitales para un país, de ahí que Goldschmidt dijera que no se pueden establecerse reglas a “priori”.<sup>36</sup>

1.6- La violación del orden público internacional del Estado donde pende el proceso justifica la desobediencia de los jueces de aplicar derecho extranjero al que sus propias normas de Derecho Internacional Privado le ordenen aplicar.

ARTÍCULO 2600.- **Orden público.** 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.

Se recuerda que la doctrina distingue entre el orden público internacional y el orden público interno. El primero abarca principios o normas que no pueden ser desplazados por derecho extranjero, aunque el propio Derecho Internacional Privado haya ordenado su aplicación. El segundo comprende las normas coactivas que los particulares en un caso nacional no pueden desplazar (arts. 21 y 1197, C.C.).

Hay que subrayar que el orden público internacional no pertenece al derecho público pues es una institución del derecho privado. Pero ello no es obstáculo a que los principios de aquel se averigüen en la Constitución nacional.<sup>37</sup>

Respecto al orden público internacional, la teoría predominante reflejada en numerosos tratados internacionales sostiene que abarca los principios básicos de nuestro ordenamiento normativo. De ahí resulta que un caso mixto debe ser resuelto primeramente en virtud del derecho aplicable según nuestro DIPr., (aplicación a posteriori del orden público internacional). Después se comparan los principios en que se basa la solución extranjera con los que descansaría la nuestra. Solo si no hubiera coincidencia entre los principios no habría violación de nuestro orden público internacional, la cual se daría en caso contrario.

36. Werner Goldschmidt, Introducción Filosófica al Derecho. La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus horizontes, Depalma, 6ª. edición, numeral 81, p. 75.

37. Perugini de Paz Geuse, Alicia y Raúl Alberto Ramayo, Constitución nacional, derecho extranjero y orden público, “La Ley”, 18/9/1978, 1978-D-925.

El artículo contiene la solución aceptada por nuestros tratados, por la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina nacional. Se puede decir que el orden público internacional como conjunto de principios ha obtenido carta de ciudadanía en numerosas fuentes vigentes en la Argentina.

A veces las fuentes utilizan una reserva general o cláusula general. Así, por ejemplo, en el orden convencional la cláusula general se encuentra en los artículos 4 de los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940. El Protocolo de 1940 no innovó lo establecido en 1889: “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”.

También la hallamos en el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado. Esta Convención contiene un alcance más científico que el de los Protocolos pues desbroza de la descripción problemas de derecho público que no hacen al contenido del derecho propio y que –en principio – son siempre territoriales. Además se adentra sobre el alcance del orden público el que es concebido como conjunto de principios y no como conjunto de disposiciones. En efecto el artículo 5 dispone: “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado de otro estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.”

En el derecho de origen interno la cláusula general se encuentra en el art. 14, inciso segundo, del Código Civil.

En realidad, prácticamente en todas las fuentes internacionales –que no es del caso enumerar– se encuentra la reserva del orden público.

Otras veces el Derecho Internacional Privado formula la justificación de la desobediencia no por medio de una cláusula general sino en casos especiales (cláusula especial de orden público). Por ejemplo tales cláusulas se encuentran en los arts. 159 y 166, incisos 1, 2, 4, 6 y 7, del Código Civil en la redacción de la ley 23.515, y en los arts. 11 y 13 de los Tratados de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 respectivamente.

El artículo 6 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial para la Justicia Federal, la de la Capital Federal y la de los Territorios Nacionales del Ministerio de Justicia de 1974 (Proyecto de Ley de DIPr del Ministerio de Justicia de 1974) dice lo siguiente: “Un derecho extranjero declarado aplicable deja de serlo si el probable tratamiento del juez extranjero de la controversia infringiera los principios que rigen su solución en el derecho argentino; una diferencia entre el derecho extranjero y el derecho argentino en la elaboración normativa de idénticos principios, no obsta, en cambio, a la aplicación del primero. Si en el caso de la incompatibilidad de los principios jurídico extranjeros con los argentinos, el derecho extranjero declarado aplicable ofreciese supletoriamente otra solución basada en principios aceptables, esta sería la aplicada; caso contrario, el juez aplicará derecho argentino.”

La redacción del artículo 2600 del Proyecto no difiere sustancialmente con la primera parte del artículo 14 del Proyecto 2003, no obstante, este es más completo pues en su segundo apartado establece el derecho que se aplicará cuando se rechaza derecho extranjero. Dice lo siguiente:

“Orden público internacional argentino. Las disposiciones del derecho extranjero aplicables de conformidad con este código, deben ser excluidas cuando conduzcan a una solución manifiestamente incompatible con los principios de orden público internacional argentino.

En tal supuesto, se debe procurar una solución basada en el mismo derecho extranjero que sea compatible con tales principios. En su defecto se aplica el derecho argentino.”

### III. Conclusiones respecto de los artículos analizados

Sería deseable una redacción más precisa del artículo 2594 habida cuenta que es la puerta de acceso a la aplicación de las disposiciones del DIPr. Sea ello su contenido respecto a la jerarquía de las fuentes se corresponde con las convenciones y el derecho interno.

Se estima que el artículo 2595 literal a) requiere una redacción más enfática respecto a la recepción del principio de la oficialidad, ampliamente reflejado en convenciones internacionales desde 1889 a la fecha. No corresponde que haya aplicación de oficio solo si se aplican los tratados y con el resto del mundo las normas del DIPr. sean todas dispositivas.

Justa recepción de la teoría del uso jurídico al disponer que el juez argentino tiene que interpretar el derecho ajeno como lo harían sus autoridades.

Ampliamente acertado es el literal b).

En cambio, el literal del artículo 2595 o es incompleto o es confuso. Se requiere de una solución específica para el ampliamente conocido problema de la cuestión previa. Esquivar esta cuestión es dar la espalda a la Convención Interamericana de Normas Generales que lo regula.

Coherencia y ¡valentía! la de los autores del Proyecto en incorporar por la puerta grande al reenvío (artículo 2596).

Interesante la prescripción del artículo 2597 acerca de la cláusula de excepción a la aplicación de la norma de conflicto. No obstante se estima que requeriría un mayor análisis habida cuenta que puede constituir una forma encubierta de transformar el orden público como conjunto de principios en el orden público como conjunto de disposiciones. Además podría ser la gran cláusula de escape de la aplicación de las normas de DIPr. con tal que en su funcionamiento

El artículo 2598 sobre el fraude a la ley es preciso pero incompleto al no abarcar también el fraude a la jurisdicción: parece insuficiente referirse solo al primero. Es menester aclarar los supuestos a los que se refiere y no dar paso a una elaboración *ad hoc* que siempre puede ser multívoca. Falta, asimismo, una mayor aclaración de las consecuencias del fraude. Desde luego se puede interpretar que al no tener en cuenta la maniobra fraudulenta se aplicará el derecho que se intentó esquivar. Empero, ¿por qué no decirlo?

Demasiado considerado el Proyecto con el derecho extranjero en la redacción referente a las normas internacionalmente imperativas o normas de policía (Art. 2599). Si de protección se trata –porque se ocupa de políticas públicas – fuera de los tratados que obligan a la Argentina, se debería decir que se aplicarán en la medida que no colisionen con nuestras políticas públicas.

El artículo 2600 acoge propiamente a la solución de la mayoría de nuestras fuentes de origen convencional.

En realidad, lo realmente observable no es lo que se dijo sino lo que se omitió. Posiblemente se deba –en parte– a que se trata de un título de un código de derecho privado y no una ley o un código en el que se puede desplegar una mayor autonomía.

Así, por ejemplo, no contiene el ámbito temporal propio del Derecho Internacional Privado porque, seguramente, se consideró que era suficiente el artículo 7 del Proyecto de Código. Empero, sin entrar en el análisis de este último artículo, las realidades que describe y norma el DIPr. al contener un elemento extranjero requiere una solución especial. Compárese con el artículo 3 del Proyecto 2003:

“Ámbito temporal del Derecho Internacional Privado argentino. Las leyes de Derecho Internacional Privado no son retroactivas. Se aplican a los casos cuyas circunstancias decisivas, según sus disposiciones, ocurren con posterioridad a su entrada en vigor así como a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

En cuanto a las normas sobre jurisdicción internacional, se aplicarán en los procesos promovidos con posterioridad al plazo indicado en el artículo 131.”

A su vez el artículo 131 establece:

“Vigencia. Las disposiciones de este código entrarán en vigor a los tres meses de su publicación oficial. Se aplicarán con los alcances del artículo 3°.”

Asimismo, la falta de una disposición respecto de costumbre y usos se explica porque el artículo 1° del Proyecto se refiere a ellos. No obstante, en el ámbito internacional despliegan un mayor poder –haya o no normas que refieran a ellos . A título de ejemplo, la Convención de Viena de 1980 sobre

Compraventa Internacional de Mercaderías (ley 22.765) acoge a la autonomía material y conflictual de las partes (artículo 6). Las partes pueden excluir su aplicación, derogar cualquiera de sus disposiciones o modificar los efectos. Se aplica a título subsidiario, es decir, únicamente en caso de silencio de los contratantes o si no la han descartado en su totalidad o en parte y en tanto las condiciones de su aplicación estén reunidas (art. 1). No obstante, cuando hay cierta uniformidad en los usos y costumbres del comercio internacional el juez lo tomará en cuenta, sea que se aplique la Convención (artículo 9, inc. 2) sea que no la aplique.

El Proyecto refiere a los usos y costumbre en el artículo 2650 (Sección 11ª, Contratos). Establece como inciso d referente a las reglas a las que se sujetará la autonomía de la voluntad:

“...d) los usos y prácticas comerciales generalmente aceptados, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, resultan aplicables cuando las partes los han incorporado al contrato.”

En realidad esta locución va dirigida primariamente al juez. No obstante parece razonable que la autoridad pueda acudir a los usos y costumbre como recurso frente a la insuficiencia de la letra del contrato o cuando se han incurrido en una laguna. Es contrario a la práctica internacional de los contratos, de lo que da acabada cuenta los INCOTERMS que regularmente se publica por la Cámara de Comercio Internacional de París.

El Proyecto 2003 abarca este supuesto:

“ARTÍCULO 4º.- Costumbres y usos. Las costumbres crean derechos cuando las leyes se refieren a ellas y en situaciones no regladas legalmente.

En materia contractual son aplicables los principios y los usos de general aceptación, cuando razonablemente las partes han entendido sujetarse a ellos.”

Otra cuestión que podría haberse tratado es el del funcionamiento de las normas que se encuentra ampliamente resuelto por el Proyecto 2003:

“ARTÍCULO 5º.- Funcionamiento de las normas. El reconocimiento de la norma a considerar y la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación y la adaptación en cuanto al funcionamiento del presente código, deben respetar la internacionalidad de los casos con elementos extranjeros.

Cuando un caso no se encuentre contemplado en el presente código se debe resolver de acuerdo con las soluciones previstas en el mismo o en los tratados internacionales sobre la materia que tengan la relación más estrecha con dicho caso. Subsidiariamente se debe elaborar la solución que mejor atienda a las circunstancias del caso.”

Empero, quizá la mayor laguna que se encuentra en esta primera parte de las disposiciones generales es la falta de tratamiento del problema de las calificaciones. Irónicamente es el único problema de la Parte General imposible de esquivar. En efecto, las calificaciones hacen a la búsqueda del derecho competente para definir los términos de la propia norma del Derecho Internacional Privado. Cuando el derecho aplicable es el extranjero es posible que los problemas que engloban las definiciones de la norma propia no coincidan con los que encuadra la norma extranjera: lo que es de forma para un derecho es de fondo para otro, lo que es procesal para uno es adjetivo para otro. En la aplicación de la norma de conflicto las calificaciones aparecen como el primer problema a ser elucidado.

Es verdad que la Conferencia de la OEA al elaborar la Convención de Normas Generales dio solución al problema de las calificaciones. Empero, no se debió al desconocimiento del problema sino a dos razones: los diferentes criterios propuestos para su solución y, sobre todo, al escaso marco temporal de la Conferencia y a la enorme cantidad de problemas que se le había sido encomendado.

Algunas veces los tratados contienen estas definiciones. Ello allana la tarea del aplicador pues se trata de una fuente común. Otras veces la norma de origen interno las contiene. Y en la mayoría de los casos las fuentes nada dicen. El Proyecto 2003 previó lo siguiente:

“ARTÍCULO 6º.- Definiciones. A los fines de este código:

- tribunales son los órganos judiciales, administrativos o arbitrales, según corresponda;
- domicilio es el país donde la persona tiene su centro de vida;
- domicilio conyugal es el lugar donde los cónyuges tienen, de común acuerdo, su centro de vida;
- domicilio del menor es el de quienes ejercen en común la patria potestad; en su defecto, el lugar de la residencia habitual del menor;
- domicilio del mayor incapaz es el lugar de su residencia habitual;
- lugar de constitución de las personas jurídicas y sociedades es el del registro; en su defecto, el lugar donde se llevó a cabo el acto unilateral constitutivo o donde se produjo el acuerdo de voluntades;
- establecimiento es el lugar donde la persona física o jurídica ejerce de manera efectiva una actividad a través de una instalación estable;
- lugar de situación de los bienes registrables es el lugar donde están registrados.
- procesos de insolvencia son el concurso preventivo, la quiebra, la liquidación coactiva extraconcursal, el acuerdo preventivo extrajudicial y otros procedimientos equivalentes.”

Salvo disposición en contrario, los puntos de conexión se califican por el derecho argentino.

Los demás conceptos utilizados por las normas de Derecho Internacional Privado se definen de acuerdo con el derecho declarado aplicable.”

Falta también la consideración general de los derechos adquiridos que se encuentra en el Proyecto 2003:

“ARTÍCULO 13.- Derechos adquiridos. Las situaciones jurídicas válidamente creadas de conformidad con un derecho o derechos extranjeros que hubieran resultado aplicables, de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles, deben ser reconocidas siempre que no sean contrarias al orden público internacional argentino.”

A lo largo y ancho del mundo la creatividad humana ha resuelto cuestiones que no fueron normadas en la Argentina. Es necesario contar con una solución al respecto, cuestión que trata el Proyecto 2003:

ARTÍCULO 16.- Instituciones y procedimientos desconocidos. La existencia en el derecho extranjero de instituciones o procedimientos desconocidos en el ordenamiento jurídico argentino, no impide su reconocimiento o aplicación, salvo que sean manifiestamente contrarios a los principios de orden público internacional argentino. Los tribunales deben adaptar las soluciones argentinas a tales fines.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado trata también de la institución desconocida –cuestión que ya había previsto Savigny–. Establece en el artículo 3: “Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la legislación de otro Estado Parte, este podrá negarse a aplicar a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

El Proyecto 2003 es más asertivo que la Convención. No obstante, el primero vuelca más a su aplicación con la salvaguarda del orden público mientras que la segunda reclama para su reconocimiento que el país en el que se pretende su admisión tenga instituciones o procedimientos análogos:

La institución desconocida como cuestión problemática no regulada por el Título IV no dejará por ello de presentarse en nuestro país. Se trata lisa y llanamente de una laguna o carencia normativa. La autoridad tendrá que recurrir a la analogía, a los principios del derecho o elaborará una solución *ad hoc* recurriendo a la justicia.

Es verdad que aun pudiendo hacerlo la obra de 1940 no reflejó sistemáticamente las soluciones a los problemas de la Parte General del DIPr. En la época de las negociaciones la doctrina internacional habían sacado a la luz de la conciencia teórica, especialmente al hilo de casos jurisprudenciales resonantes numerosos problemas que hoy se estudian en la mayoría de las universidades del mundo. Como se dijo más arriba, el fraude a la ley había sido descubierto a raíz del caso de la viuda maltesa en 1878; en 1878 con el caso Forgo se señaló el reenvío; en 1897 de la mano de Bartin se descubrió el problema de las calificaciones; en 1931 fue advertido el problema de la cuestión previa y en 1935 –con Goldschmidt– se desocultó el problema de la calidad del derecho extranjero que había sido confundido con su tratamiento procesal, confusión que se advierte en el artículo 13 del Código Civil argentino.

La pérdida del tren de la modernidad en 1940<sup>38</sup> es inexplicable pues, por lo menos los delegados argentinos participantes en el Congreso de 1939 y 1940 conocían, por lo menos, la mayoría de los problemas de la Parte General. A título de ejemplo, Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano trataron el fraude a la ley en materia de formas<sup>39</sup>, se refirieron a la calidad del derecho extranjero aunque su preocupación estaba dirigida principalmente a cuestiones procesales<sup>40</sup> y se ocuparon del reenvío<sup>41</sup>. Carlos M. Vico –jurista de gran influencia en el DIPr. de su época– también se ocupa sobre el problema de la aplicación del derecho extranjero<sup>42</sup>, el reenvío<sup>43</sup>, el orden público<sup>44</sup>, por ejemplo. Es de remarcar que estos autores, especialmente Vico, conocían muy bien la producción doctrinaria internacional y estaban muy al tanto de los congresos internacionales que se ocupaban del DIPr.<sup>45</sup> Como se vio más arriba, el artículo 4 del Protocolo Adicional al grupo del 1940 –siguiendo al de 1889– trató con acierto la cláusula general del orden público del DIPr. u orden público internacional que había sido descubierto por Federico Carlos María von Savigny en 1849<sup>46</sup>.

Cuando un problema es auténticamente general –aparece o puede aparecer en todos los casos– debe entrar por la puerta, de lo contrario fatalmente entra por la ventana con la carga de incertidumbres que trae aparejado. Así, el fraude entra subrepticamente en ambos Tratados de Derecho Civil –de 1889 y de 1940 – especialmente en el esfuerzo de los tratadistas por dar una solución al régimen de bienes del matrimonio que proteja a la mujer de manejos fraudulentos por parte del marido. También la cuestión previa se esconde detrás de los artículos 36 (1889) y 41 (1940) cuando se dice que

38. Ver Alicia M. Perugini Zanetti, *Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1940*, en *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Dirección Alberto Bueres y coordinación Elena I. Highton. Tomo 7B, pág. 793 y ss.

39. Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano, “Tratado de Derecho Internacional Privado conforme al programa de la Facultad de Derecho de Buenos Aires”, editado por “El Ateneo” Librería Científica y Literaria de Pedro García, Florida 371, Córdoba 2099, Buenos Aires, 1926, pág. 260 y ss. Es interesante destacar que se conocen los casos de Gretna Green en materia de matrimonio pero no lo relacionaron con el fraude, pág. 165.

40. Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano, loc. cit. Pág. 64 y ss. Especialmente pág. 69.

41. Margarita Argúas y Carlos Alberto Lazcano, loc. cit. Pág. 64 y ss. Especialmente pág. 75.

42. Vico, Carlos M., *Curso de Derecho Internacional Privado*, dictado en las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y La Plata, compilado por Isauro P. Argüello y Pedro Frutos, 2ª edición, Tomo Primero, Biblioteca Jurídica Argentina, Superí 1479, Buenos Aires, 1938, p. 218 y ss.

43. Vico, Carlos M. loc. cit. pág. 240 y ss.

44. Vico, Carlos M. loc. cit. pág. 261 y ss.

45. Alfonsín, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Ediciones IDEA, Montevideo, 1982, p. 429 y ss. El orden público tiene una importante función en la cooperación internacional, ver Eduardo Tellechea Bergman, *Derecho Internacional Privado*, Las Ley. Uruguay, 2010, p. 38 y ss. Gilberto Boutin, I., *Derecho Internacional Privado*, Édition Maître Boutin, 2ª edición, Panamá 2006, p. 385 y ss.

46. Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado, Derecho de la Tolerancia*, Basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, Actualizado por Alicia Mariana Perugini Zanetti, Editorial Abeledo-Perrot, 10ª edición. Buenos Aires, R. Argentina, año 2009, numeral 147 ss.

las cuestiones accesorias se rigen por el derecho de la principal. O bien en el artículo 24 del tratado de derecho Civil de 1940 cuando se establece que las cuestiones vinculadas a la adopción se rigen cada una por su propio derecho.

El Convenio Interamericano sobre Normas Generales del Derecho Internacional Privado ha tratado la Parte General con alguna sistematicidad.<sup>47</sup> Nos vincula con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La Convención de Normas Generales complementa los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940 en tanto los Estados adherentes ratificantes de estas últimas hayan hecho lo propio con la de Normas Generales. Es decir, entonces, que el TDCIM de 1889 se complementará en lo concerniente a los problemas generales del DIPr. con Colombia y Perú; el homónimo de 1940 en dichos problemas con Paraguay y Uruguay.<sup>48</sup>

Como se ha visto, la Convención regula los problemas de la cuestión previa (artículo 8), del fraude a la ley (artículo 6), de la calidad del derecho extranjero (artículo 2), de la institución desconocida (artículo 3), del orden público (artículo 5). Trató cuestiones procesales como su aplicación de oficio y del derecho de las partes de alegarlo y probarlo (artículo 2), de la igualdad en la concesión de recursos procesales que se reconocen para las cuestiones internas a las cuestiones internacionales (artículo 4). Utiliza el método indirecto o conflictualista (artículo 1), el método analítico –analógico y el método sintético – judicial o método de adaptación (artículo 9), el reconocimiento extraterritorial de las situaciones creadas válidamente en un estado con la salvedad del orden público (artículo 7).

Sea ello como fuere si el Código de Unificación no trata los problemas hay que acudir a las convenciones vigentes, a la jurisprudencia o a la doctrina.

#### IV. Conclusión de carácter general

1. A nadie escapa la profunda implicancia de considerar al DIPr. una parte del Derecho Civil y Comercial o reconocerle el derecho a su autonomía, sea como ley o código. En el primer caso la influencia del ámbito material de ambos derechos repercute casi fatalmente en nuestra disciplina. A título de ejemplo, se recuerda que el Título IV no ha tratado cuestiones sustanciales de nuestra disciplina. Como se dijo en una presentación al Ministro de Justicia y Derechos Humanos firmada por la mayoría de los autores del Código de 2003 si el DIPr. es un apéndice del Código Civil las cuestiones “seguirían dispersas o sin solución legislativa. Tal acontece con el derecho laboral, el derecho societario, el derecho concursal, el derecho de propiedad intelectual, las formas electrónicas de contratación, la responsabilidad civil por contaminación transfronteriza o por el producto elaborado, el caso a lesiones al derecho de la personalidad...”.

2. Además, la repercusión del derecho privado sobre el DIPr. se profundiza pues en la dirección de los diferentes proyectos de unificación en los que se incorpora el DIPr. nunca hubo ni hay un especialista iusprivatista internacional. La respuesta es un complejo psico-socio-normológico que trae como consecuencia una visión que no responde necesariamente ni a los avances ni al ámbito material de nuestra disciplina.

3. La incorporación de DIPr. en una codificación del derecho privado produce en quien esto escribe un sentimiento contradictorio. Por un lado agradece el siempre hospitalario acogimiento. Por

47. El texto completo de la Convención Interamericanas sobre las Normas generales de Derecho Internacional Privado

de Montevideo (1979) se lo encuentra en W. Goldschmidt, Derecho Internacional Privado (Derecho de la tolerancia), basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico, 8ª edición, ed. Depalma, p. 637 y ss.

48. Ver Alicia M. Perugini Zanetti, Tratados de Derecho Internacional de Montevideo de 1940, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Dirección Alberto Bueres y coordinación Elena I. Highton. Tomo 7B, pág. 594 y ss. Y 793 y ss.

otro se le representa la idea de los padres que respetan lo que hace su hijo mayor de edad siempre que actúen en el recuadro que se les marca. Como sucede con los padres nadie cuestiona su buena fe, solo se objeta su pertinencia.

4. La larga historia de los intentos de codificación en nuestro país –incompleta por cierto – nos lleva a reflexionar acerca de un mal pandémico argentino. Pareciera que con cada gobierno la República Argentina tiene una nueva Acta Fundacional. No escapa a ello lo que concierne a nuestra disciplina. Si el lector mira con dedicación cada obra realizada advertirá cuánto tiempo y esfuerzo podría reencausarse hacia un continuo progreso en vez de dar vueltas como una noria siempre sobre un mismo palo.

5. Entiéndase bien: las reiteradas políticas legislativas de ningún modo desmerecen la calidad de los diferentes Proyectos ni el valor del trabajo realizado por los autores del Título IV –María Elsa Uzal, María Susana Najurieta, Adriana Dreyzen de Klor y Marcelo Iñíguez– que es bueno, realista y pragmático. Aunque en el presente trabajo solo se analizaron pocos artículos, la conclusión a la que arribo después de la lectura de toda la obra es que el Título IV es merecedor de respeto.

6. Empero, estimo que después de ochocientos años el DIPr. merece ser reconocido como mayor de edad, acreedor a la libertad de una disciplina adulta y con el ejercicio de la responsabilidad por parte de una rica doctrina argentina –pasada y presente, tuvo y tiene–. Responsabilidad como para elaborar una ley o un código autónomo pero complementario al Código Civil y Comercial.

De una u otra forma no cabe duda alguna de la profunda vocación de nuestro país para reconocer la especificidad de los problemas de la casi milenaria disciplina.