

LA REFORMA DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN LA REPUBLICA ARGENTINA*

Nerea Magallón Elósegui**

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. ESTADO DE LA CUESTIÓN. III. CARACTERES FORMALES Y ESTRUCTURALES DEL PROYECTO ARGENTINO DE DIPR. IV. CONTENIDO DEL PROYECTO. V. NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL. VI. DERECHO APLICABLE. VII. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Cada vez es mayor el número de Estados inmersos en la elaboración de una regulación autónoma de Derecho Internacional Privado (DIPr). Durante la segunda mitad del s. XX la tendencia hacía la codificación de las normas de DIPr alcanza un desarrollo que se mantiene en la actualidad. El fenómeno globalizador contribuye, en parte, a alterar las relaciones jurídico-privadas de carácter transfronterizo y las normas de nuestra disciplina adquieren cotidianidad a todos los niveles tanto para las empresas como para los particulares¹. Si a tales circunstancias le unimos los viejos problemas derivados de la tradicional dispersión normativa que caracteriza a la mayoría de los

* Este trabajo se realiza en el marco de la concesión de una beca postdoctoral de formación de investigadores concedida por el Gobierno Vasco. Y ha sido posible gracias a la valiosa colaboración y al cálido apoyo recibido de la Doctora Sara Lidia Feldstein de Cárdenas durante mi estancia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. En su elaboración se ha tenido especialmente en cuenta el Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado realizado por la Doctora Sara Feldstein a petición del Ministerio de Justicia de la Nación, facilitado por cortesía de la autora.

** Colaboradora honorífica del área de Derecho Internacional Privado de la Universidad del País Vasco.

© Nerea Magallón Elósegui. Todos los derechos reservados.

¹ Vid. ELVIRA BENAYAS, M.J., “Algunas reflexiones sobre la cuestión de si puede o debe influir el fenómeno de la globalizador en el debate sobre la reforma del sistema española de Derecho Internacional Privado”, *www.reei.org*, n° 1, 2006; DE MIGUEL, P. “El Derecho Internacional Privado ante la globalización”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2001, pp. 47 y ss.; HUIR WATT, H. “Les modèles de familiaux à l’épreuve de la Mondialisation. Aspects de Droit international privé”, en CALVO CARAVACA, AL. *Mundialización y Familia*, Colex, Madrid, 2001.

sistemas de DIPr² tenemos como resultado una corriente de reformas a nivel mundial inspiradora de significativos cambios.

Entre los países que han modificado sus normas de DIPr, regulándolas de manera conjunta y agrupándolas en un único cuerpo normativo o ampliando los distintos cuerpos normativos y leyes especiales sobre la materia, podemos citar a Albania, Polonia, Portugal, Hungría, Austria, Turquía, Suiza, Italia, Venezuela, Eslovenia, Estonia, Bulgaria, Japón y Australia³. Y entre los que han iniciado un camino en esta dirección por el momento inconcluso destacan los Proyectos de Bélgica, Uruguay, Argentina y España, éste último en plena etapa de gestación⁴. De hecho, la revista española electrónica de estudios internacionales dedica una sección a la reforma del sistema español de DIPr en la que se alude a las iniciativas acometidas en los últimos años en esta dirección.

Sin perjuicio de las posibles alusiones que podamos realizar a dichas reformas a modo ilustrativo, a continuación nos centraremos, con carácter general, en la situación y el contenido del “Proyecto de Derecho Internacional Privado de la Republica de Argentina”⁵, haciendo un recorrido por el *iter* legislativo en el que se encuentra y por las distintas soluciones que aporta a los problemas inherentes al sistema vigente.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

En la República Argentina la doctrina lleva tiempo insistiendo en la necesidad de emprender la reforma de su sistema de DIPr. De hecho, el proyecto que nos ocupa no es el primero que se elabora en esta dirección⁶ y la idea de reforma permanece latente

² FERRER CORREIA, A, «Les problèmes de codification en droit international privé», R. des C. T145 (1975-II), pp 57 y ss. ; GONZALEZ CAMPOS, J. *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit International Privé. Cours général. R. des C.*, 2000.

³ Albania en 1964, Polonia en 1965, Portugal en 1966, Hungría 1979, Austria 1978, Turquía 1982, Suiza 1986, Australia 1992, Italia 1995, Venezuela 1998, Eslovenia 2000, Estonia 2002, Bulgaria 2005, Japón 2006.

⁴ Al respecto, GONZALEZ CAMPOS, J. D., “La reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol LII (2000), 2, pp. 351-369; MAGALLÓN ELOSEGUI, N., “A vueltas con la reforma del sistema español de Derecho Internacional Privado”, *www.elDial.com*, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, junio 2007.

⁵ *Vid.* FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S.L. “La reforma del Derecho Internacional privado en la República Argentina, ¿la cenicienta se convertirá en princesa?”, *www. elDial.com*; “La Ley de Derecho Internacional privado en la República Argentina: mito o realidad?”, *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de Buenos Aires*, n° 4, 1999, “El Proyecto argentino en materia de Derecho Internacional privado: Reforma a la italiana?”, *www.diritoitalia.com*, diciembre 2000.

⁶ Cabe destacar, entre otros, el “Proyecto de Código de DIPr” de Gonzalo RAMÍREZ publicado en Buenos Aires, 1888; el “Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado” realizado por los Profesores Werner GOLDSCHMIDT y Alberto Juan PARDO publicado en *Derecho Internacional Privado. Parte general*. Ediciones Ghersi, Segunda edición, 1987; *Vid.* GOLDSCHMIDT, W. “Codificación del Derecho Internacional Privado argentino. Reformas requeridas por la Constitución Nacional y reformas

desde el “Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil”, celebrado del 9 al 14 de octubre de 1961, en la Ciudad de Córdoba, donde uno de los temas a debatir fue, precisamente, la conveniencia y urgencia de codificar el DIPr⁷.

Los sistemas de DIPr del hemisferio americano no escapan de la dispersión normativa a la que estamos acostumbrados, y salvo Venezuela, con una regulación autónoma en la materia de reciente creación⁸, en el resto de los países se encuentran distribuidos y fraccionados por distintos cuerpos legislativos y leyes especiales presididos, por lo general, por el Título Preliminar del Código Civil en el que concurren la mayor parte de sus normas.

La República Argentina no es una excepción. Su sistema de DIPr no goza de la autonomía normativa deseada y las disposiciones internas de DIPr se hallan repartidas entre el Código Civil, el Código Procesal Civil y Comercial, y numerosas leyes complementarias en la materia⁹. Con la finalidad de acabar, entre otros, con los problemas derivados de dicha dispersión surge el proyecto de reforma de DIPr objeto de este comentario (a partir de este momento “el Proyecto”).

El Proyecto fue confeccionado por un Grupo de internacional-privatistas argentinos de reconocida trayectoria académica, agrupados bajo la “Comisión de Estudio y elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado”, nombrada por el Ejecutivo¹⁰ y, posteriormente, elevado al Congreso de la Nación junto al “Proyecto de unificación del Código Civil y del Código de Comercio” para su tratamiento legislativo simultáneo.

En la actualidad, se encuentra incorporado como Libro VIII al “Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio” y, desde el 14 de mayo de 2003, en manos de las “Comisiones de Legislación General”, “Comisión de Justicia” y

convenientes aconsejadas por la vida y la ciencia”, *REDI*, vol V (1952), pp. 499-528; la “Reforma del DIPr argentino”, *Revista Facultad de Derecho, Universidad de Tucuman*, n° 12, 1955, pp 169-213 artículo en el que se incluye otro Proyecto de codificación. Y el Proyecto de 1993 que precede al presente, comentado por FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L en *Reformas al Código Civil, Derecho Internacional Privado*, A. Anibal Alterini y M. López Cabana (Dres.), Abeledo Perrot ed., Buenos Aires, 1994.

⁷ Tercer Congreso Nacional de Derecho Civil. Universidad Nacional de Cordoba, t.I, 1962, pp. 91-129.

⁸ Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, de 6 de agosto de 1998, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela, núm. 36.511, Caracas, 6 de agosto de 1998. PARRA ARANGUREN, G., “La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. LI (1999), 1, pp. 277-287.

⁹ GOLDSCHMIDT, W. *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. Depalma, 2001, Bs As.

¹⁰ Designada por las Res. M.J y DH 191/02 y Res. M.J.S y D.H. 134/02, e integrada por los Dres. Miguel Angel Ciuro Caldani, Eduardo L Fermé, Berta Kaller de Orchansky, Rafael Manovil, Maria Blanca Noodt Taquela, Beatriz Pallarés, Alicia Maria Perugini Zanetti, Horacio Daniel Biombo, Julio Cesar Rivera, Amaia Uriondo de Martinolli e Inés M. Weinberg de Roca.

“Relaciones exteriores y culto” para su estudio¹¹. O, lo que es lo mismo, sometido a unos trámites parlamentarios de tan lento proceso que corren el riesgo de caer en el infortunio de su propia inercia.

III. CARACTERES FORMALES Y ESTRUCTURALES DEL PROYECTO ARGENTINO DE DIPR

Entre los métodos utilizados normalmente para abordar la reforma de los distintos sistemas de DIPr, en la República Argentina se ha empleado el tendente a agrupar todas sus normas en un Libro específico integrado en el Código Civil (CC), al estilo de la Provincia de Québec o el Estado de Louisiana¹². Y rechazado la posibilidad de optar por la vía legislativa y, por tanto, de dotar al ordenamiento de una ley especial y autónoma de DIPr que se ocupe de todas las cuestiones que componen la disciplina como hicieran suizos e italianos. A pesar de ello y de la tradicional lógica inherente a esta decisión, el Proyecto argentino no se limita a tratar las cuestiones atinentes al Derecho aplicable sino que aprovecha la oportunidad para incorporar al CC normas de Derecho procesal civil, siguiendo las pautas del legislador alemán.

El Proyecto argentino de DIPr está compuesto por 130 artículos a los que siguen dos artículos más bajo los que se encuentran situadas las Disposiciones transitorias. Dichos artículos se reparten en cuatro Títulos. El primero de ellos, integrado por los artículos 1-16, se ocupa de encarar los problemas generales del DIPr a través de “Disposiciones Generales” refiriéndose al objeto, al ámbito de aplicación del Proyecto y a las tradicionales cuestiones de la disciplina. El resto se divide en sectores para luego, en cada sector, abordar individualmente las distintas materias.

Esta ordenación elude una posible división en Parte General y Parte Especial que estructuraría el Proyecto por materias para luego referirse a los aspectos específicos inherentes a cada temática, tal y como hace la Ley Federal Suiza y el borrador de reforma del sistema del DIPr español¹³. Y presenta cada sector independientemente siguiendo el método del Código de DIPr búlgaro¹⁴. De este modo, el Título II dispone las normas sobre competencia judicial a través de cuatro capítulos referidos a “Disposiciones Generales”, “Jurisdicciones especiales”, “Jurisdicción exclusiva” y “Litispendencia Internacional” respectivamente. El Título Tercero se ocupa de las normas sobre Derecho aplicable y se encuentra dividido en quince capítulos en los que se refiere a las distintas materias especiales que componen nuestra disciplina bajo un orden aparentemente aleatorio en: “persona humana”, “personas jurídicas de Derecho público”, “personas jurídicas de Derecho privado y sociedades”, “actos jurídicos”,

¹¹ Expediente 0596-D-2000. *www.diputados.gov.ar*

¹² FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. “Nuevas normas de DIPr en el Código Civil de Louisiana”, *REDI*, 1993, pp. 615 y ss.

¹³ *Vid. www.reei.org*

¹⁴ *Vid. www.reei.org*

“contratos”, “títulos valores”, “obligaciones alimenticias”, “responsabilidad extracontractual”, “derechos reales”, “derechos de autor”, “relaciones de familia”, “protección de los incapaces no sometidos a patria potestad”, “sucesiones”, “insolvencia y prescripción”. Para cerrar, el Título Cuarto se integra por las ya mencionadas “Disposiciones transitorias”.

El Proyecto no se ocupa de los problemas de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y extrajudiciales dictadas en el extranjero, dejando fuera un sector clásico del DIPr. En principio esta exclusión no responde a ninguna razón particular y se puede juzgar carente de sentido en cuanto incumple el objetivo de agrupar todas las normas de DIPr bajo un único cuerpo legal.

A partir de este momento el análisis realizado en el presente trabajo se ceñirá al esquema establecido en el propio Proyecto de reforma. En primer lugar se va a hacer especial hincapié en el contenido de las “Disposiciones Generales” que engloban el Título I. Su examen va a constituir el núcleo del trabajo por referirse a los principios y problemas fundamentales de la Teoría general del DIPr. Y en segundo lugar, realizaremos una breve mención general al conjunto de propuestas contenidas en el resto de las normas de las que consta el Proyecto. La situación en la que se encuentra (en plenos trámites legislativos) nos va a permitir examinar los avances que propone el Proyecto respecto al sistema vigente y, a la vez, aventurar posibles modificaciones que podrían llegar a mejorarlo.

IV. CONTENIDO DEL PROYECTO

1. Ámbito de aplicación

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar las tres ramas clásicas que componen el sistema de DIPr son el Derecho aplicable, la competencia internacional y el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras judiciales o extrajudiciales. No obstante, además se podrían añadir normas sobre nacionalidad y extranjería, arbitraje internacional y auxilio judicial internacional o cooperación entre autoridades. En la medida que el Proyecto pretende agrupar todas las normas de DIPr argentino bajo un único Código sería deseable que comprendiera, al menos, los tres sectores apuntados inicialmente como clásicos y, así, abarcar casi la totalidad del contenido de la disciplina que pretende regular.

El Título I se inaugura mediante un primer artículo que señala el ámbito de aplicación u objeto del Código. En su artículo 1 apunta a los casos privados con elementos extranjeros y, a tales efectos, indica que se ocupará únicamente de la jurisdicción internacional y del Derecho aplicable. De esta forma, además de dejar a un lado el tema del reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, se omiten las

normas sobre nacionalidad dispersas entre normas internas y convencionales¹⁵, el arbitraje internacional y el auxilio judicial entre autoridades extranjeras. Sobre éste último punto se podría llegar a incluir alguna norma de referencia, ya fuera general o concreta, a los Convenios de La Haya y de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP) en la materia de los que Argentina es parte, con el objetivo de afianzar su conocimiento y correcta aplicación por todos los operadores jurídicos. Entre tales instrumentos es menester destacar el “Convenio de La Haya relativo a la comunicación y notificación en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial”¹⁶, el “Convenio de La Haya de supresión de la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros”¹⁷, el “Convenio de La Haya sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial”¹⁸; o a los Convenios del CIDIP ratificados tales como el “Convenio sobre recepción de pruebas en el extranjero”, aprobado por la I Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebrada en Panamá, el 30 de enero de 1975¹⁹, o el Convenio Interamericano sobre exhortos o cartas rogatorias y Protocolo adicional, adoptados por la I y II Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado²⁰.

El ámbito temporal de las normas de DIPr del Proyecto aparece regulado en el artículo 3 que establece su irretroactividad con carácter general y su aplicación a las situaciones jurídicas ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor de la futura norma. Se trata de una aclaración realizada con toda probabilidad para evitar problemas de aplicación de Convenios y Tratados internacionales, elaborada en concordancia con la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, pero cabe recordar la posibilidad de que en las Disposiciones finales de cada Tratado o Convención internacional se establezcan excepciones a dicha regla general.

Por su parte, el artículo 2, bajo la rubrica “Tratados Internacionales”, dispone las relaciones entre las fuentes internas e internacionales de DIPr y otorga primacía jerárquica a los Tratados internacionales vigentes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, sobre las normas integradas en el presente Código. El orden jerárquico de las fuentes del Derecho viene establecido en la Constitución Nacional a la que se remite el propio artículo y en cuyos artículos 31 y 75 ordena la jerarquía normativa conviniendo la supremacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, a su vez, reproducida en el precepto.

¹⁵ Vid. OYARZABAL MARIO, J.A., *La nacionalidad argentina: un estudio desde la perspectiva del Derecho Internacional publico , y del Derecho Internacional Privado, y del Derecho interno argentino, con referencias al Derecho de la integración, La Ley argentina*, 2000.

¹⁶ Ratificado por Ley 25.097, en vigor desde 11 de noviembre de 2001, Boletín Oficial 1999/05/24.

¹⁷ Ratificado por Ley 23.458, en vigor desde 18 de febrero de 1988. Boletín Oficial 1987/04/21.

¹⁸ Ratificado por Ley 23.480, entró en vigor el 7 de julio de 1987. Boletín Oficial 1987/04/23.

¹⁹ Ratificado por Ley 23.481, en vigor desde el 25 de enero de 1987. Boletín Oficial 1987/04/22.

²⁰ Ratificado por Ley 23.503. Boletín Oficial de 1987/10/16.

El artículo 4 trata de los usos y costumbres. Su relación con el artículo 2, al vincularse con la función y orden de las distintas fuentes que conforman el DIPr, nos lleva a considerar su análisis tras el segundo artículo en vez de seguir el orden sistemático de la norma y a inclinarnos por su potencial reubicación numérica.

En su primer párrafo, reconoce la costumbre *praetem legem* y *secundum legem*, y afirma que las costumbres crean derechos tanto cuando las leyes se refieran a ellas como en situaciones no regladas legalmente. A continuación, en el segundo párrafo, en referencia a la materia contractual alude a la aplicación de usos y principios generales “de general aceptación, cuando las partes han entendido sujetarse a ellos”. A tales efectos, creemos que sería oportuno establecer la diferencia entre usos y principios generales. Así, en lo concerniente a los usos entendemos que se trata de conductas habituales entre las partes por lo que su aplicación debería ser general salvo disposición en contrario y, por ello, al revés de cómo figura en el precepto²¹. Mientras que en relación a los principios generales cabría hacer alguna aclaración sobre si se trata de principios locales o internacionales y si son universalmente aceptados o principios prefijados como podrían ser los Principios Unidroit y, en función de ello, distinguir su grado de obligatoriedad para las partes.

2. Funcionamiento, aplicación e interpretación de las normas

Los siguientes artículos del Proyecto ordenan la interpretación de sus normas, funcionamiento y aplicación por los Tribunales argentinos.

El artículo 5 establece con carácter general “el funcionamiento de las normas” y estipula que en el momento de considerar, interpretar, aplicar y elaborar las disposiciones del Código de DIPr habrá de respetarse “la internacionalidad” característica de los supuestos jurídicos que regula, en la medida que se trata de casos con elementos extranjeros. Por ello la interpretación y aplicación de las normas de DIPr debe hacerse de acuerdo a las connotaciones propias del ámbito de aplicación internacional en el que se mueven.

El artículo 6 se enfrenta a un problema hermenéutico más específico como es el conflicto de calificaciones. En su primer párrafo establece una serie de definiciones de conceptos clave que nos ayudan a entender y aplicar correctamente el resto de las normas que integran el Código. De modo que opera como complemento jurídico y delimita una serie de conceptos normativos que pueden tener distintos significados en función del ordenamiento jurídico con el que se miren.

En su segundo y tercer párrafo opta por la tesis denominada “intermedia” o de la “coordinación” encabezada en la doctrina argentina por W. Goldschmidt²² para evitar

²¹ En el mismo sentido, FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., RODRÍGUEZ, M., y SCOTTI, L., Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Inédito. Cedido por cortesía de las autoras.

²² GOLDSCHMIDT, W. *Derecho Internacional Privado...op. cit.*, pp. 88 y ss.

los mencionados problemas calificadorios. Al hablar de conflicto de calificaciones se pueden distinguir dos situaciones. Por un lado, que la norma de conflicto contenga puntos de conexión con distintas acepciones en función de los distintos ordenamientos en juego. Y, por otro, que las normas de conflicto difieran en su manera de entender la cuestión que ha de resolverse. Así se dan dos circunstancias que hemos de considerar: la de la calificación de la regla de conflicto y la de la calificación de la norma de Derecho material extranjero aplicable al caso. Ambas cuestiones pueden ser valoradas según la *lex fori*, en virtud de las definiciones de la ley del foro, o según la *lex causae*, en virtud de las definiciones del ordenamiento señalado por la norma de conflicto.

Como apuntábamos al inicio, el artículo 6 del Proyecto despeja definitivamente esta cuestión, por lo que su entrada en vigor supondría un gran avance respecto al sistema vigente dónde apenas se aborda esta problemática. El precepto se inclina por la teoría de la *lex fori* para calificar los puntos de conexión y por la teoría de la *lex causae* para calificar el resto de los conceptos utilizados por las normas de DIPr.

En este mismo contexto, en virtud de la *lex fori* y “a los fines del presente Código”, el artículo 6 instaura una serie de definiciones de especial consideración. Así, en primer lugar, define a los “tribunales” como órganos judiciales, administrativos y arbitrales.

En segundo lugar precisa el significado de una serie de puntos de conexión entre los que sobresale el “domicilio” por ocupar cuatro puntos del epígrafe. En el ordenamiento argentino se distingue el “domicilio” como punto de conexión que determina la ley aplicable en las materias vinculadas al estatuto personal²³.

Al hablar del “domicilio” de las personas físicas el Proyecto se inclina por destacar la vertiente subjetiva del concepto que aparece directamente vinculado con el lugar donde tengan su centro de vida. Pese a ello, al referirse al domicilio del menor o del incapaz identifica el concepto de domicilio con el lugar de su residencia habitual. La equiparación entre la residencia habitual y la vertiente subjetiva del domicilio a la que estamos acostumbrados en el ordenamiento español nos sirve como ejemplo ilustrativo de lo que, precisamente, pretende evitar este artículo²⁴.

En tercer lugar determina “el registro” como lugar de constitución de las personas jurídicas, y “el establecimiento” como lugar donde ejercen efectivamente una actividad. Y en cuarto, define el lugar de situación de los bienes registrables como el lugar de su registro.

Por último, integra una definición de lo que, “a efectos de este Código”, se considerarían procesos de insolvencia. Esta definición podría interpretarse como una excepción a la regla general por la que se ha optado para resolver el conflicto de

²³ Vid. PALLARÉS B. “Régimen Internacional de las Personas Humanas en el Derecho Internacional Privado Argentino”, *elDial.com.*, Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración, marzo, 2006.

²⁴ Vid. ESPINAR VICENTE, J. M^a “El concepto de residencia habitual en el sistema español de Derecho Internacional Privado”, I. *Revista de Derecho Privado*, enero 1980, pp 2-27

calificaciones puesto que no se limita a definir un punto de conexión de acuerdo a la *lex fori* sino que hace una lista de los procesos que incluye en dicha categoría, estos son: la quiebra, el concurso preventivo, la liquidación coactiva extraconcursal, el acuerdo preventivo extrajudicial y otros procedimientos equivalentes.

3. Cuestión previa y fraude

Otro de los grandes problemas de la Teoría general del DIPr se encuentra en dilucidar cuál va a ser el Derecho aplicable a las denominadas cuestión previa, cuestión incidental y cuestión preliminar. La discusión ronda en torno a si la cuestión previa, distinta a la cuestión principal, debe resolverse mediante la misma ley o si podrían tratarse de manera separada y ambas cuestiones solucionarse por leyes distintas. Desde la perspectiva internacional-privatista se trata de reconocer la autonomía del Derecho aplicable a la cuestión previa y plantear su potencial regulación por una norma de conflicto particular. Ello podría conducir a la aplicación de un Derecho material también distinto, a pesar de que procesalmente permanezca subordinada a la resolución de la cuestión principal. Las posibilidades oscilan entre los partidarios de resolver la cuestión previa utilizando las normas de DIPr del juez que conoce el caso y los que lo harían de acuerdo a las normas de DIPr del ordenamiento señalado para resolver la cuestión principal. La primera de las soluciones favorece la armonía interna de soluciones mientras la segunda solución juega a favor de la armonía internacional.

Las normas de fuente interna del ordenamiento argentino vigente no tratan esta cuestión que queda al arbitrio jurisprudencial²⁵. Entre las normas de fuente internacional la II Convención Interamericana sobre Normas generales de Derecho Internacional Privado, de 1979²⁶ la trata pero no la despeja del todo. El artículo 8 de la Convención de 1979 se limita a establecer que las disposiciones previas que pudieran surgir de una cuestión principal no deben resolverse “necesariamente” de acuerdo a la ley reguladora de esta última, dejando abiertas todas las posibilidades²⁷.

El Proyecto de Código de DIPr despeja el problema inclinándose por la opción de tratar ambas cuestiones por separado. Así, su artículo 7 establece que “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal se resuelven conforme al Derecho indicado por las normas de conflicto del foro”. Por tanto, de aprobarse la norma se acudiría al DIPr del foro para designar el Derecho material aplicable en aras a solucionar la cuestión incidental y luego se realizaría la misma operación con la cuestión principal.

²⁵ WEINBERG, I., “Ley aplicable a cuestiones previas y conexas en una relación internacional”, *La Ley argentina*, 1983-D-876; KALLER DE ORCHANSKY, B., *Manual de Derecho internacional Privado*, Bs As, 1980, p. 97 y ss.

²⁶ Ratificada por Argentina por Ley 22.921 en instrumento de 1-12-1983, Boletín Oficial de 27.09.1983

²⁷ Texto adoptado por la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998 en su artículo 6. Vide PARRA ARANGUREN, G., “La Ley venezolana de 1998 sobre Derecho Internacional Privado”, *REDI*, vol. LI (1999), 1, pp. 277-287.

Con el objetivo de perfeccionar el mencionado artículo y de evitar potenciales problemas vinculados a la cuestión del reenvío, tal y como apuntaba S. Feldstein, sería oportuno especificar que el Derecho indicado por la norma de conflicto del foro se refiere al Derecho material y no al Derecho conflictual del ordenamiento jurídico señalado²⁸.

En lo concerniente al fraude como excepción a la aplicación del Derecho extranjero observamos que en el ordenamiento argentino no existe un precepto específico de DIPr sobre este asunto²⁹, aunque en el CC se encuentran referencias al mismo unidas a temas sustantivos específicos.

La II Convención de 1979³⁰ dispone en su artículo 6 que “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 interesadas”.

En virtud del artículo 8 del Proyecto “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 tanto la jurisdicción como el derecho aplicable”. Y una vez “comprobado el fraude corresponde desconocer la jurisdicción pretendida y aplicar el derecho que se trato de evadir”, de modo que provoca la ineficacia de las pretensiones fraudulentas de las partes.

Como se puede observar el Proyecto ha hecho una definición de fraude un poco más genérica que la contenida en la II Convención Interamericana de 1979 y similar a la contemplada en el artículo 12.4 del CC español. A nuestro juicio se trata de una definición que debería integrar una clara conjunción entre el elemento material y el intencional, el *corpus* y el *animus*, y, por tanto, complementarse con la concurrencia del elemento intencional y la voluntad fraudulenta del actor. De hecho el CC argentino establece la presunción legal de buena fe de las partes en tanto no se adviertan presunciones graves que lleven al juez a la certeza moral del fraude. Dicha intencionalidad ya se encuentra levemente apuntada por la expresión “tiende a eludir”, no obstante sería posible reforzarla y consolidarla, teniendo en cuenta que cuando se acude a las normas de acuerdo a lo estrictamente estipulado por la ley y no concurre

²⁸ Tal y cómo se observa en el artículo 24 del Reglamento (CE) num. 864/2007 del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2007, relativo a las obligaciones contractuales (Roma II).

²⁹ Sobre la noción jurisprudencial argentina de fraude en el Derecho Internacional Privado, *Vid.* Cám. Nac. Civ. Sala C3/3/1981, “M., F. A. M., sucesión”. Nota a esta sentencia en *El Derecho* 95-185, por PERUGINI DE PAZ Y GEUSE, A. M. y CSJN 13/10/1981, Nota a esta sentencia en *La Ley argentina* 1982-C-213, por BALESTRA, R.

³⁰ Ratificada por Argentina por Ley 22.921 en instrumento de 1-12-1983, Boletín Oficial de 27.09.1983

dicho elemento de carácter subjetivo dirigido a burlar la legalidad no se debe entender que existe “fraude”³¹.

4. La remisión a un ordenamiento plurilegislativo y el reenvío

En relación con el ámbito de aplicación de las normas de conflicto se suscitan dos tipos de problemas que el Proyecto de Código argentino resuelve a través de los artículos 9 y 10 referidos a las “normas de remisión a un ordenamiento plurilegislativo” y al “reenvío” respectivamente.

Lo primero que debemos hacer antes de entrar a analizar estos dos artículos es marcar la diferenciación entre las cuestiones ligadas a una y otra problemática. La remisión de la norma de conflicto del foro a un sistema plurilegislativo atiende a la superposición entre un conflicto interno e internacional en la medida que partiendo de un conflicto de leyes internacional se termina resolviendo un conflicto de leyes interno. Estamos ante un supuesto en el que el ordenamiento señalado como aplicable por la norma de conflicto del foro es un ordenamiento plurilegislativo por lo que, para solucionar el supuesto jurídico en cuestión, habrá que determinar cuál de las leyes internas concurrentes será la aplicable³².

Sin embargo, el “reenvío” tiene lugar cuando la norma de conflicto del foro designa como aplicable un ordenamiento extranjero cuya norma de conflicto difiere de la anterior señalando, a su vez, a otro ordenamiento que puede ser el del foro o un tercero. Se trata, por tanto, de “una confrontación de los sistemas conflictuales de diferentes ordenamientos”³³. El fenómeno del reenvío implica que los ordenamientos coexistentes tengan normas de conflicto propias y, además, prevean soluciones regidas por distintos puntos de conexión.

La remisión de las normas de conflicto a un sistema plurilegislativo puede operar en torno a dos circunstancias, *ad extra* y *ad intra*³⁴. La remisión *ad extra* a un ordenamiento plurilegislativo afecta a todo tipo de ordenamientos, plurilegislativos o no, y abarca supuestos en los que en función de la norma de conflicto del foro resulte

³¹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho Interregional”, *REDI*, 2001 1 y 2, pp 49-74, p.63

³² BORRÁS RODRÍGUEZ, A. “Artículo 12.2”, en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1991; BOUZA VIDAL, N., “Artículo 12.2”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t-I, v-2. Artículos 8-16. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (drs). 2ª ed. Edersa. Madrid, 1995 (pp. 890-894); SÁENZ DE SANTA MARIA, Mª. P., “El artículo 12.5 del Código Civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *RGLJ*, 1978, pp. 59 y ss.

³³ Cfr. ZABALO ESCUDERO, Mª. E., “Art. 16.3”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t- I, vol. 2. Edersa, 2º ed. M. Albaladejo, S. Díaz Alabart, (dirs.), Madrid, 1995, pp. 1302-1315, p. 1268.

³⁴ CASANOVAS Y LA ROSA, O., “Artículo16.1 CC”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*, t- I. Madrid, 1977, p. 228; BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación reenvío y orden público en el Derecho Interregional español*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1984, pp. 57-58 y “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International Privé actuel”, *R. des C.*, 1994-V, t.- 249, pp. 153-368.

aplicable un ordenamiento extranjero plurilegislativo, por lo que habrá que precisar, cuál de entre los ordenamientos coexistentes es el finalmente aplicable para solucionar el supuesto. La remisión *ad intra* implica una combinación de la remisión a un sistema plurilegislativo y el reenvío. Tiene lugar cuando la norma de conflicto del foro remite a un Derecho extranjero cuya norma de conflicto (admitido el reenvío) señala al ordenamiento del foro siendo éste un sistema plurilegislativo. Por tanto, sólo sucederá en ordenamientos de este carácter que admitan el reenvío de primer grado y este no es el caso del ordenamiento argentino.

Es sabido que las normas de remisión a un ordenamiento plurilegislativo pueden solucionar el problema de dos formas: *directa* e *indirecta*. En el mecanismo denominado de “remisión directa” o “remisión en sentido amplio”³⁵ la norma de conflicto servirá para designar directamente el ordenamiento particular aplicable al supuesto jurídico en cuestión y las conexiones que la formen identificarán una ley concreta dentro del territorio del Estado plurilegislativo. Por ello, el sistema de remisión directa se trata de un sistema que sólo resultará operativo cuando la norma de conflicto contenga conexiones de tipo territorial que sean capaces de conectar directamente el supuesto con uno de los ordenamientos locales (el lugar de situación del bien, el lugar de comisión del hecho, la residencia o el domicilio). Por el contrario carecerá de la funcionalidad deseada cuando contemple la nacionalidad como punto de conexión pues será inservible una vez se haya concretado el ordenamiento nacional aplicable. En este caso sería más eficaz implantar un sistema de remisión indirecta.

El CC argentino no contiene ningún precepto sobre cómo solucionar el problema de remisión de la norma de conflicto a un ordenamiento plurilegislativo, pero el Proyecto de reforma dispone de un artículo especialmente dedicado a este tema. El artículo 9 establece que: “cuando en el derecho aplicable coexistan o se sucedan diferentes sistema jurídicos, la determinación del que resulte aplicable se resolverá de acuerdo a los criterios utilizados por ese derecho”.

Se trata, por tanto, de una remisión de carácter indirecto que se refiere a las normas de conflicto argentinas en aras a designar el Derecho nacional aplicable y a las normas de resolución de conflictos de leyes vigentes en el ordenamiento señalado para establecer el Derecho finalmente aplicable entre los concurrentes a nivel interno. Sin embargo, dado que en el ordenamiento argentino el punto de conexión tradicionalmente utilizado en las materias vinculadas al estatuto personal y a las sucesiones, que es donde habitualmente se producen estos problemas, es el domicilio y que éste puede llegar a señalar directamente la ley local aplicable dentro de las coexistentes hubiera sido viable establecer un sistema de remisión directa. A pesar de ello, siguiendo el ejemplo del artículo 2.056 del Código peruano, el Proyecto se ha inclinado por la remisión indirecta³⁶.

³⁵ Cfr. SAÉNZ DE SANTA MARIA, M^a. P., “El artículo 12.5..., *op. cit.*, p. 60.

³⁶ Art. 2.056 CC peruano: Solución de conflictos entre normas extranjeras. “Cuando en el derecho extranjero que resulta aplicable coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto entre las leyes locales se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente derecho extranjero”.

La opción es correcta, en tanto resuelve el conflicto de leyes internacional y deja en manos del sistema de resolución de conflictos internos del propio ordenamiento designado el conflicto interno respetando la potencial orientación material inherente a las normas de conflicto internas autónomas. Los problemas resurgen cuando el ordenamiento al que se remite la norma de conflicto del foro no contiene un sistema específico de resolución de conflicto de leyes internos o cuando teniéndolo no lo resuelve eficazmente como sucede en el ordenamiento español. En ese caso sería más efectivo acudir al sistema de remisión directa o sino introducir una cláusula de cierre que establezca un punto de conexión subsidiario para llenar dicha laguna. Esta solución permitiría que en el supuesto de que en el Estado plurilegislativo existieran normas para identificar la ley aplicable entre los ordenamientos locales se aplicaran dichas normas, pero cuando no fuera posible tal identificación se podría acudir a las conexiones subsidiarias.

De acuerdo a esta última consideración, el artículo 9 del Proyecto argentino podría complementarse y completarse mediante la incorporación de un punto de conexión subsidiario aplicable en dichos supuestos que bien podría ser el domicilio.

Otra cuestión distinta es la del “reenvío” y de ella se ocupa el artículo 10 del Proyecto. La cuestión que subyace bajo la teoría del reenvío es la de resolver en qué medida las normas de conflicto de un sistema jurídico al señalar como aplicable a un ordenamiento extranjero nos remiten únicamente a su Derecho material o sustantivo o si se están refiriendo al ordenamiento jurídico extranjero en su totalidad, incluyendo a sus normas de DIPr³⁷. La primera de las posibilidades, en contra del reenvío, lo descarta mediante la introducción de una norma que determinará que las normas de conflicto del foro, al señalar a un ordenamiento extranjero, se refieren a su contenido sustantivo sin tener en cuenta sus normas conflicto.

La segunda de las posibilidades lo acepta, tal y como hace el legislador venezolano³⁸, y establece que las normas de conflicto del foro no sólo nos remiten a las normas materiales del Derecho extranjero sino que, también, se refieren a sus normas de conflicto. Dentro de esta última posibilidad a favor del reenvío se pueden diferenciar dos grados. El reenvío “de primer grado” o de “retorno” comporta que cuando las normas de conflicto del foro señalen a un ordenamiento extranjero como aplicable no se aceptará el resultado derivado de sus normas de conflicto en todos los casos sino únicamente en los casos que nos dirijan, de nuevo, al ordenamiento del foro como

³⁷ Vid. BIOCCA, S. M., “Teoría del reenvío” en *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1969; WEINBERG, I., “Reenvío o cantidad de derecho extranjero aplicable”, *La Ley argentina*, 1984-B-974, BIOCCA, CÁRDENAS, BASZ, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Ed. Universidad, Bs As, 1992, pp. 143-168.

³⁸ Artículo 4 de la ley venezolana “Cuando el Derecho extranjero competente declare el Derecho de un tercer Estado, a su vez competente, deberá aplicarse el Derecho interno de ese Estado. Cuando el Derecho extranjero competente declare el Derecho venezolano, deberá aplicarse ese Derecho. En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”.

Derecho materialmente aplicable. Sin embargo, el reenvío denominado “de segundo grado” admite la remisión de las normas de conflicto del ordenamiento extranjero señalado por el ordenamiento del foro aunque éstas, a su vez, indiquen al Derecho de un tercer Estado.

La cuestión del reenvío no se encuentra definida en el ordenamiento argentino vigente y se trata de una materia estancada en manos de la jurisprudencia³⁹ por lo que la introducción de un precepto atinente al mismo resolvería oportunamente la situación actual. Un claro ejemplo de los problemas vinculados al reenvío se da en los casos sucesorios de argentinos fallecidos en España. En virtud del artículo 9.8 CC español la sucesión por causa de muerte de un argentino se regirá por su ley nacional, es decir, la argentina; sin embargo, el CC argentino en su artículo 3.283 establece que el derecho sucesorio de nacionales y extranjeros se someterá al domicilio del causante. Por tanto en nuestro supuesto el artículo 9.8 CC español nos llevaría a aplicar el ordenamiento argentino que, a su vez, podría reenviarnos al ordenamiento español. El artículo 12.2 del CC español, aunque de un modo confuso, acepta el reenvío de primer grado por lo que al final se terminaría aplicando el Derecho español para resolver dicha sucesión. De lo contrario en el supuesto de que no se aceptara el reenvío y se entendiera que las normas españolas remiten únicamente al Derecho material extranjero el caso se resolvería de acuerdo al derecho sucesorio argentino.

El artículo 10 del Proyecto argentino de reforma parece aceptar el reenvío en todos los casos, a diferencia del anterior Proyecto de 1993 que sólo lo aceptaba en primer grado, pero tampoco queda del todo claro. Se trata de un precepto excesivamente ambiguo que dispone que “deben tomarse en cuenta las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable”, con lo que se limita a determinar que la remisión del ordenamiento argentino a un ordenamiento extranjero comprende a sus normas de conflicto. Al final la poca precisión con la que está redactado el precepto sigue dejando abierta la posibilidad de continuar doctrinalmente y jurisprudencialmente con el debate por lo que para evitar confusiones debería concretarse definitivamente si se rechaza o se acepta y, en ese caso, si se hace con o sin limitaciones de grado.

5. Aplicación del Derecho extranjero

El Profesor W. Goldschmidt consideraba que si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable. Y como punto de referencia es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país⁴⁰.

³⁹ Cam. De Paz, sala 3ª “Cordo, Maria. M. Romay Gómez de v. Brea, Dolores y otro”, 27/8/1958, JA, 1960-II-657 y ss.

⁴⁰ Teoría del uso jurídico, GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado*, Bs As, 4 ed., 1982, pp. 142.

La aplicación del Derecho extranjero comporta dos cuestiones diferentes pero estrechamente ligadas entre sí⁴¹. En primer lugar se debate la naturaleza del Derecho extranjero y su consideración como un hecho o como un Derecho. Y, vinculado a lo anterior, resurge un tema clásico de DIPr: el tratamiento procesal del Derecho extranjero o lo que es lo mismo, su prueba y potencial aplicación de oficio⁴². Por lo general, en caso de equiparar el Derecho extranjero a la categoría fáctica de hecho procesal deberá ser probado a instancia de parte, mientras si se tratara de Derecho no tendría por qué ser probado sino que se aplicará de oficio por el juez.

La II Convención Interamericana de 1979⁴³, en su artículo 2, dispone que, “los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultará aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera”.

Además, el Convenio sobre aplicación e información del Derecho extranjero vigente entre la República Argentina y Uruguay⁴⁴ instaura en su artículo 1º que los jueces y autoridades estarán obligados a aplicar el derecho extranjero, tal y como lo harían los jueces u órganos administrativos del Estado a cuyo ordenamiento este pertenece, cuando así lo determinen las normas de conflicto. Aunque luego su artículo 6 añade que las partes en el proceso podrán alegar sobre la existencia, contenido, o interpretación de la ley extranjera.

Por el contrario, el artículo 13 del CC argentino vigente establece que “la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes (...)”. Por consiguiente, en virtud de la primacía constitucional de las normas convencionales sobre las normas de fuente interna, ratificada en el artículo 2 del

⁴¹ Se trata de una cuestión ampliamente debatida y que comporta un difícil consenso. Un ejemplo de ello es la Declaración de la Comisión sobre el tratamiento de la ley extranjera que sigue al Reglamento (CE) num. 864/2007 del Parlamento Europeo de 11 de julio de 2007, relativo a las obligaciones contractuales (Roma II), en la que se preve la publicación de un estudio horizontal sobre la aplicación del Derecho extranjero en asuntos civiles y mercantiles por los Tribunales de los Estados miembros a efectos de tomar las medidas adecuadas para llegar a una mínima armonización.

⁴² Vid. CALVO CARAVACA, A.L., CARVAJOSA GONZÁLEZ, J. “La prueba de Derecho extranjero en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *La ley*, 28.1.2005; ANCEL, B., “La connaissance de la loi étrangère applicable”, *Droit international et droit communautaire*, París, Centre culturel portugais, 1991, pp. 87-95; CARRILLO SALCEDO, J. A., “Art. 12.6 CC”, *Comentarios a las reformas del Código Civil* vol. I, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 663-678; *Id.*, “Art. 12.6 CC”, *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, t. I, Edersa, Jaén, 1978, pp. 445-450; PECOURT GARCÍA, E., “Naturaleza y condición del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto”, *RGD*, 1962, vol. XVIII, pp. 783-791 y 894-904; CARRILLO SALCEDO, J. A., “¿Alegación del Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el juez español de la norma de conflicto española?”, *REDI*, 1961, vol. XIV, pp. 585-601; MIGUEL Y ALONSO, C., “La problemática de la aplicación del Derecho extranjero en el proceso”, *Homenaje al Profesor C. Barcia Trelles*, Santiago de Compostela, 1958, pp. 503-519;

⁴³ Ratificada por Argentina por Ley 22.921 en instrumento de 1-12-1983, Boletín Oficial de 27.09.1983.

⁴⁴ Ratificado por Ley 22.411.

Proyecto en cuestion, la contradicción existente entre el artículo 13 y, por ejemplo, el Tratado de Montevideo de 1979 dejaría sin efectos al precepto autónomo en aquellos supuestos en los que coincidan sus ámbitos de aplicación.

El Proyecto de reforma termina con esta paradoja, atendiendo a su necesidad de reforma, y en el primer párrafo de su artículo 11 modifica el artículo 13 del CC argentino vigente inclinándose definitivamente por la oficialidad de la aplicación del Derecho extranjero y por la teoría de su tratamiento como Derecho y no como hecho. En función de este artículo el Derecho extranjero deberá aplicarse de oficio “sin perjuicio de que las partes puedan alegar su existencia y contenido” y, por tanto, la investigación recae sobre los jueces.

Esta opción se califica de acertada en cuanto confiere la carga de la prueba del Derecho extranjero al juez y con ello asegura el respeto a la imperatividad de las normas de conflicto y, así, evita dejar su aplicación al arbitrio de las partes⁴⁵. Pero también tiene argumentos en su contra ya que, por un lado, supone proyectar todo el peso y el excesivo costo de la prueba a los tribunales. Y, por otro, implica que los Tribunales pueden terminar resolviendo el caso basando su decisión en fundamentos de Derecho distintos a los alegados por las partes supliendo la actividad probatoria que les correspondería⁴⁶.

El segundo párrafo del artículo 11 del Proyecto determina que “por Derecho extranjero se entiende la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los tribunales del país cuyo derecho es aplicable”. Este precepto introduciría la teoría del uso jurídico⁴⁷ en el DIPr argentino aludiendo directamente a las decisiones judiciales. Al respecto debemos recordar que las normas de conflicto señalan al ordenamiento extranjero aplicable y no a las decisiones judiciales de un juez extranjero, con independencia de que dicho Derecho deba ser interpretado y aplicado tal y como lo haría el juez extranjero; por lo que no nos parece del todo acertada tal referencia⁴⁸. Del mismo modo que con anterioridad se disponía en el artículo 6 del Proyecto el Derecho extranjero aplicable deberá ser interpretado de acuerdo a la *lex causae*.

A continuación, el artículo 11 del Proyecto enumera los medios mediante los cuales puede probarse el Derecho extranjero, una vez más, aportando significativas

⁴⁵ A favor de esta posibilidad, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *REDI*, 2002, pp. 205-223 y “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa”, *La ley*, 4 de julio de 2005; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 3.ª ed., 2004, p. 158.

⁴⁶ *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L., CARVAJOSA GONZÁLEZ, J. “La prueba de Derecho extranjero...”, *op. cit.*, p. 12; WEINBERG, I. *Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, Depalma, BsAs, 2ª ed. 2002, p.127.

⁴⁷ GOLDSCHIMIDT, W., *Derecho Internacional...*, *op. cit.*, p. 140

⁴⁸ En el mismo sentido FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., RODRIGUEZ, M. y SCOTTI L. Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Inédito. Cedido por cortesía de la autora.

innovaciones respecto a la norma actualmente vigente. Jurisprudencialmente la Cámara Civil de la Capital Federal resolvió que para probar el Derecho extranjero se admiten todos los medios de prueba que el derecho permita para la prueba general de los hechos, resaltando la faceta fáctica del Derecho extranjero⁴⁹. El Proyecto va más allá y los delimita. Entre los posibles medios de prueba para alegar el Derecho extranjero cita tanto a los informes de tribunales y autoridades del país de referencia cuando fuera posible como a los dictámenes de expertos en Derecho y textos legales y jurisprudenciales con indicación de su vigencia y obtenidos de manera fehaciente.

Por último, el párrafo con el que se cierra el artículo 11 despeja definitivamente la cuestión relativa a qué ocurriría en el supuesto de que no se llegará a probar el derecho extranjero o si resultara imposible probarlo. La respuesta es obvia si se quiere guardar cierta coherencia con lo anteriormente establecido en el precepto examinado y puesto que el Derecho extranjero debe ser probado de oficio por el juez, tal y como dice el artículo, “no podrá rechazarse la demanda por falta de prueba del contenido del Derecho extranjero que correspondiera aplicar”.

Podemos concluir que las novedades que integra el artículo 11 son en general positivas. Con la incorporación de este artículo se armonizarían las normas argentinas de fuente interna y de fuente internacional y se equipararía el CC argentino a lo estipulado en las Convenciones que forman parte del ordenamiento interno. Además, se esclarecerían controversias que actualmente dependen de la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

6. La adaptación

Para evitar los problemas de aplicación de las normas de conflicto y la potencial contradicción normativa a la que pueden llevar aquellos supuestos en los que existen dos ordenamientos jurídicos designados simultáneamente por las mismas, así como para proteger los derechos subjetivos de las partes, el proyecto incluye un artículo sobre la denominada técnica de adaptación o ajuste. Tales problemas aparecen frecuentemente ligados a los efectos del matrimonio y a los derechos del cónyuge supérstite en el Derecho sucesorio.

En ocasiones las normas de conflicto del foro señalan a un ordenamiento aplicable para regular el régimen de bienes de un matrimonio y a otro distinto para determinar la sucesión *mortis causa* de uno de los cónyuges. En caso de desajuste entre ambos ordenamientos concurrentes puede concurrir una combinación de ordenamientos que otorgue al cónyuge supérstite una doble repartición en detrimento del resto de los herederos, parte por la disolución del régimen matrimonial y parte por la sucesión. O suceder lo contrario y la combinación de ordenamientos en juego suponer su exclusión tanto del régimen matrimonial como de la herencia, perjudicando gravemente sus derechos.

⁴⁹ Cám. Civ. 2º enero, 189, auto “O’Brien Williams y otros”, 13-3-1925, Gaceta del oro, 55-138, voto de salvat, Loza y Senillosa.

Para acabar con los resultados injustamente derivados de esta contingencia caben dos posibilidades: hacer prevalecer una norma de conflicto sobre la otra y en estos casos someter el supuesto jurídico a un solo ordenamiento, tal y como hace el artículo 9.8 del CC español que vincula los derechos sucesorios del cónyuge superviviente a la misma ley que rige los efectos del matrimonio. Y adaptar materialmente los Derechos designados buscando la solución subyacente a las normas de ambos a los ordenamientos aplicables.

El artículo 12 del Proyecto argentino se inclina por la segunda de las opciones marcadas y establece que “los diversos derechos aplicables a diferentes aspectos de una misma o diversas relaciones jurídicas comprendidas en un caso serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de esos derechos”.

7. Orden público Internacional, normas de policía e instituciones y procedimientos desconocidos

El CC argentino se refiere al “orden público” en su artículo 14.2 donde lo equipara al “espíritu de la legislación de este Código”, sin hacer mención expresa al término que nos ocupa. En virtud de este artículo el juez argentino podrá excepcionar la aplicación del Derecho extranjero llamado por la norma de conflicto para resolver el caso cuando sea contrario “a la moral y buenas costumbres; y fuera incompatible con el espíritu” de la legislación argentina o, lo que es lo mismo, por vulnerar “principios generales inferidos de normas positivas de la legislación argentina”⁵⁰. La dificultad radica en acotar el tenor de la expresión “espíritu de la legislación” a la que alude el precepto ya que adolece de una naturaleza excesivamente abstracta sometida a fluctuaciones sociales, morales y culturales⁵¹.

El artículo 5° de la Convención Interamericana de 1979 establece que “la ley declarada aplicable por una convención de derecho internacional privado podrá no ser aplicada en territorio del Estado parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

Siguiendo las pautas de la citada Convención Interamericana el artículo 14.1 del Proyecto pretende acotar un poco más el significado de orden público de la norma vigente al sustituir la cláusula general, que veíamos anteriormente, por un precepto que se encarga de precisar levemente dicha excepción y dice así: “Las disposiciones de derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con éste Código sólo serán excluidas cuando conduzcan a una solución manifiestamente incompatible con los principios del orden público internacional argentino”.

⁵⁰ Cifr. BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional privado*, Abelado-Perrot, 3° ed. Bs As, 2001, p. 247; Vid. PERUGNI DE PAZ Y GEUSE, A.M., y RAMAYO R.A., “Constitución nacional, Derecho extranjero y orden público”, *La ley argentina*, 1978, D-925.

⁵¹ BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 247-257.

En virtud de este precepto el carácter excesivamente indeterminado vinculado al término de “espiritual” sería sustituido por la expresión “principios de orden público”. Esta expresión, a pesar de ser un poco más concreta por su específica referencia al “orden público”, tampoco desentraña qué debe entenderse dentro de dicha acepción por lo que podría plantearse aludir directamente a los “principios fundamentales del ordenamiento argentino”⁵².

Asimismo en el supuesto de que la norma entrase en vigor reforzaría la excepcionalidad de la medida de orden público en cuanto únicamente sería apelable cuando la solución del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto fuera “manifiestamente incompatible” con los principios de orden público argentinos. Con ello se pretende remarcar el carácter restrictivo con el que debe concebirse la excepción de orden público⁵³, puesto que no es suficiente con que se dé una contradicción entre la norma extranjera y una disposición concreta del Derecho argentino sino que debe realizarse una valoración global de la contradicción existente entre el resultado derivado de la aplicación del Derecho extranjero y los principios generales del ordenamiento argentino.

Podemos vincular esta última apreciación con la solución contemplada en el segundo párrafo del artículo 14 del Proyecto que despeja la cuestión sobre qué hacer cuando, efectivamente, exista una clara contradicción entre el Derecho extranjero aplicable y los principios fundamentales del ordenamiento argentino. En tal caso, en virtud de este precepto se procurará adaptar el Derecho extranjero y solventar la contradicción con el ordenamiento interno. De modo que sólo cuando no sea posible dicha conciliación se acudirá a aplicar la ley argentina para resolver el caso.

En esta misma línea, el Proyecto subraya la naturaleza excluyente derivada de las normas locales de policía dentro del sistema de DIPr. La aplicación del Derecho extranjero y la autonomía privada de las partes quedará limitada esta vez con el objetivo de “preservar el interés público”. A diferencia del ordenamiento vigente y, en contra de las posiciones a favor de no incluir ninguna referencia a las normas de policía por estar sobrentendidas en el resto del ordenamiento, el artículo 15 del Proyecto hace una concreta alusión a esta excepción limitando la autonomía de la voluntad de las partes y el funcionamiento de las normas de conflicto frente a las denominadas “normas imperativas de aplicación inmediata”. Así el Proyecto opta por incluir las normas de policía continuando un camino abierto por el Proyecto anterior de 1993.

Por último, también estrechamente ligado a la cuestión de orden público, para cerrar el Título I referente a las Disposiciones Generales, concurre un precepto acerca de las “las instituciones y procedimientos desconocidos”. El artículo 16, el Proyecto establece la posibilidad de no aplicar el Derecho extranjero cuando se refiera a una Institución o a

⁵² En el mismo sentido: FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S., RODRIGUEZ, M., y SCOTTI, L. Dictamen sobre el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado. Inédito. Cedido por cortesía de la autora.

⁵³ Tal y como apunta la Sentencia de la Cámara Civil de la Capital federal argentina: Cám. Nac. Civ. Sala 24/2/2000-236.

un procedimiento desconocido para el juez del foro. A tales efectos, la inexistencia en la *lex fori* de dichos procedimientos o instituciones no es una razón por sí sola para excepcionar su aplicación sino que además deberán ser contrarios a los principios de orden público internacional argentino. A pesar de ello, de acuerdo al artículo 12 del Proyecto, los Tribunales deberán tratar de interpretar el ordenamiento extranjero adaptándolo a las soluciones argentinas.

Esta concreta figura no se halla en el vigente CC argentino aunque se puede incluir dentro de la noción general de “orden público” contenida en su artículo 14. Sin embargo, sí se comprende en la Convención Interamericana de 1979⁵⁴, en la que podría haberse basado el Proyecto, cuyo artículo 3 dice así: “Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no están contemplados en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos”.

V. NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

El Título II del Proyecto se ocupa de las normas de Competencia Internacional. En el Capítulo I (arts. 17-20) integra algunas “Disposiciones Generales” referidas a la prórroga expresa, prórroga tácita, foro de necesidad y medidas provisionales y cautelares. El Capítulo II (arts. 21-44) comprende las “Jurisdicciones especiales” entre las que se comprenden: las acciones personales, pluralidad de demandados, sociedades y personas jurídicas, contratos, transporte terrestre de mercaderías, transporte terrestre de personas, protección del consumidor, contratos de trabajo, Títulos-valores, oferta pública de títulos, alimentos, responsabilidad extracontractual, acciones reales, validez, nulidad y separación y efectos del matrimonio, filiación, adopción, patria potestad, tutela y curatela, desplazamiento o retención ilegales de un incapaz, sucesiones, ausencia y presunción de fallecimiento e insolvencia. El Capítulo III y el Capítulo IV formados por los artículos 45 y 46 tratan de la competencia exclusiva de los tribunales argentinos y de la litispendencia internacional respectivamente.

En el ordenamiento argentino vigente las normas sobre la competencia internacional (denominadas normas de jurisdicción internacional) están dispersas entre diversos códigos, leyes especiales e instrumentos internacionales⁵⁵. No existe una legislación autónoma general y específica que establezca cuándo son competentes los Tribunales argentinos en supuestos jurídicos con elementos extranjeros y su competencia “directa” dependerá en cada materia de sus leyes especiales y de los instrumentos internacionales vigentes en Argentina, así como de su interpretación jurisprudencial⁵⁶. En este sentido el Proyecto supone un gran avance respecto la situación actual puesto que por primera vez agrupa las normas sobre jurisdicción internacional en un Código específico de DIPr

⁵⁴ Ley 22.921. Boletín Oficial 1983/09/27.

⁵⁵ Vid. *Compendio de Normas Internacionales de Derecho Privado, La ley argentina*, 2006.

⁵⁶ Vid. BOGGIANO, A., *Curso de Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 163 y ss.

suscribiendo su efectiva pertenencia a nuestra disciplina y materializando el final de un debate doctrinal sobre el contenido del DIPr superado hace tiempo.

Las Disposiciones generales sobre competencia internacional del Proyecto, con las que se inicia el Título II, admiten la *prorrogatio fori* de las partes para elegir el Tribunal al que desean someter sus controversias. Así, incluyen tanto la posibilidad de prórroga expresa, en materia patrimonial a favor de jueces elegidos por las partes (artículo 17), como la tácita de la que resulta competente el Tribunal donde se haya iniciado la acción (art. 18). Todo ello a excepción de la competencia exclusiva de los Tribunales de la República Argentina y por tanto siempre que se respete el artículo 45 del Proyecto. En efecto, el Proyecto en el Capítulo III de este Título, a diferencia del ordenamiento vigente, ordena la competencia exclusiva de los Tribunales argentinos para conocer las acciones reales sobre inmuebles situados en el país; sobre las acciones registrales realizadas en Registro público argentino y sobre las acciones referidas a patentes, marcas, diseños, dibujos, modelos y demás derechos de la propiedad industrial cuando se hubiere realizado o solicitado su registro o depósito en Argentina. Por tanto, en los casos enumerados no cabrá *prorrogatio fori* a favor de Tribunales extranjeros siguiendo al línea del art. 22.5 de la LOPJ española.

La posibilidad de ejercer la prórroga de jurisdicción en el ordenamiento vigente se encuentra regulada en el artículo 1 del Código de Derecho Procesal Civil y Comercial argentino (CPCCN). Este artículo admite la prórroga de la competencia a favor de Tribunales extranjeros en asuntos patrimoniales y cuando no exista competencia exclusiva de los Tribunales argentinos. A este respecto es menester destacar que tanto el Proyecto argentino como la normativa vigente dotan de un grado más amplio de autonomía de la voluntad a las partes a la hora de elegir Tribunal que la Ley Orgánica del Poder Judicial española que, una vez zanjado el debate en torno a su objeto, únicamente prevé la posibilidad de que las partes se sometan a los Tribunales españoles.

Por su parte, el Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940⁵⁷, en su artículo 56 permite prorrogar la competencia de los Tribunales pero una vez promovida la acción, con el objetivo de evitar un pacto impuesto por la parte más fuerte del contrato.

Podemos afirmar que el enunciado del artículo 17 del Proyecto evidencia la adaptación de este Convenio a la norma de fuente interna. El artículo 1 del CPCCN en que se basa ha sido varias veces modificado. En su redacción originaria⁵⁸ prohibía la *prorrogatio fori* pero luego se modificó por la Ley 21.305 de 1976 que la aceptó con la finalidad de ajustarse a los instrumentos internacionales ratificados por Argentina. Pese a ello esta primera modificación permitía a las partes elegir el Tribunal competente en asuntos patrimoniales en los que no concurriera la competencia exclusiva los Tribunales argentinos y siempre que la prórroga fuera convenida antes de que se produjeran los hechos que motivan la controversia. Por tanto al revés de cómo hacía el Tratado de Montevideo de 1940. Consecuentemente, fue modificado de nuevo por la Ley 22. 434

⁵⁷ Decreto Ley 7771. B. Oficial 156/05/08

⁵⁸ Ley 17.454 de 1967.

de 1981⁵⁹ y esta vez quedo excluida la necesidad de realizar el pacto con anterioridad al nacimiento del litigio.

Para terminar esta breve alusión a las Disposiciones Generales sobre competencia recalcamos que el Título II del Proyecto también prevé la competencia de los Tribunales argentinos para decretar medidas provisionales o cautelares cuando estén conociendo el proceso principal, con independencia de que los bienes o las personas sobre el que versa la controversia se hallen fuera de la Republica. Y, también, aunque carezcan de competencia sobre la jurisdicción principal siempre que los bienes o las personas se encuentren en el país o cuando sea necesario para reconocer o ejecutar una sentencia extranjera en Argentina, de manera similar al art. 22.5 de la LOPJ.

Respecto a las jurisdicciones especiales contenidas en el segundo Capitulo del Título II, con carácter general el Proyecto se ha encargado de recoger y ordenar por materias las soluciones extendidas por las distintas leyes especiales vigentes, por la jurisprudencia y la doctrina realizando una labor compiladora de indudable valor en la que no entraremos en profundidad.

A modo de ejemplo, el Proyecto mediante la introducción de los artículos 27 y 28 dota de mayor protección a la parte más débil en los contratos de trabajo y de consumidores, reforzando notablemente el protagonismo de esta medida sobre la que el sistema de DIPr vigente no especifica nada. De forma que para favorecer la protección del consumidor y del trabajador se convierten en materias excluidas de las normas sobre la autonomía de la voluntad comentadas anteriormente. Así se limita la *prorogatio fori* excluyendo la posibilidad de elegir el foro en este tipo de contratos. Además, estos artículos conceden una mayor protección a los consumidores y a los trabajadores como parte débil de los contratos internacionales permitiéndoles promover la acción ante distintos foros alternativos que quedan a su libre elección⁶⁰.

VI. DERECHO APLICABLE

El Título III del Proyecto a través de quince capítulos hace un amplio recorrido por las normas de Derecho aplicable agrupadas por materias.

Comienza con el Capitulo I relativo a “la persona humana” y termina con el Capítulo XIV sobre la prescripción extintiva de las acciones reales y personales. Entre medias se ocupa de las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado y asienta el principio de la ley del lugar de la constitución para ordenar su existencia, forma, validez, personalidad jurídica y disolución. También se refiere extensamente a los contratos internacionales (arts 68-80) respecto de los que consolida el reconocimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el

⁵⁹ Boletín Oficial de 1981/08/27

⁶⁰ Art. 15-21 del Reglamento (CE) de Bruselas 44/200 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en asuntos civiles y mercantiles.

Derecho aplicable; y a los Derechos reales (arts 95-100) que se regirán por el derecho del lugar de su situación.

A continuación, ordena las relaciones de familia entre las que integra las “uniones no matrimoniales” (art. 107) a las que concede el carácter que les otorgue el derecho del domicilio común de los cónyuges. E introduce una norma de referencia en materia de sustracción de menores, mediante el artículo 115, en la que señala a la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores de 25 de octubre de 1980⁶¹.

En el Derecho sucesorio sigue prevaleciendo el domicilio como punto de conexión. Y en lo que se refiere al Derecho aplicable a los procesos de insolvencia (arts. 124-127) somete los estados de insolvencia a la *lex fori* y la existencia y validez de los créditos a la *lex causae*.

VII. REFLEXIONES FINALES

El Proyecto de reforma que hemos analizado supone un paso más hacia la codificación del sistema argentino de DIPr. Las valiosas aportaciones que realiza respecto al ordenamiento vigente nos hacen valorarlo positivamente, con independencia de sus posibilidades de mejora. Su aprobación comportaría una primera aproximación de las normas que componen el sistema vigente dispersas entre Convenios Internacionales, cuerpos normativos varios y normas especiales. Con ello se superaría una primera etapa de necesaria actualización del sistema y de adaptación de las normas internas a las normas de fuente internacional ratificadas por Argentina.

Pese a lo cual, a la par que ensalzamos como novedosa y acertada la agrupación de las normas de competencia directa de los Tribunales argentinos que comporta, no dejamos de subrayar la necesidad de incluir en el Proyecto las normas de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras como materia básica del sistema de DIPr.

⁶¹ Ratificado por Argentina a través de la Ley 23.857, Boletín Oficial 1990/10/31. El Convenio entró en vigor en Argentina el 1 de junio de 1991.