

Notas sobre Cuestiones propias del Derecho Internacional Privado

Prof. Mag. Corina Andrea Iuale

I.- CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

II.- LOS PRINCIPIOS

Contenido de los principios generales del derecho internacional privado

Los principios de derecho internacional privado en el código civil y comercial:

Los principios, entendidos como principios de solución

III.- LAS NORMAS PERTENECIENTES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El caso Cafes La Virginia .

IV.- EL PUNTO DE CONEXIÓN

Los principios de solución se materializan en el punto de conexión

La localización continúa vigente en la Sociedad de la información

Los puntos de conexión se pueden clasificar

Los principios de solución que rigen la aplicación del derecho

A.- La ley aplicable según el domicilio

El domicilio conyugal

B.- La ley aplicable según el lugar en el que se realiza el acto

C.- La ley aplicable, según el acuerdo de partes

D.- La ley aplicable según el lugar de cumplimiento: contratos en general, contratos de consumo.

E.- La ley aplicable según el lugar de donde parte la oferta aceptada:

F.- La ley aplicable según el derecho de otro estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes:

G.- la aplicación del derecho interno

H.- La ley aplicable según la situación

I.- La ley aplicable según el lugar en donde se produce el daño,

V.- APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

La naturaleza del derecho extranjero

La disponibilidad del derecho extranjero

La aplicación a pedido de parte

La aplicación oficiosa del derecho extranjero

La aplicación del derecho extranjero en la jurisprudencia.

VI.- REENVÍO

VII.- FRAUDE

VIII.- LA NORMA INTERNACIONALMENTE IMPERATIVA

IX.- EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

X.- CALIFICACIONES

XI.- LA CUESTIÓN PREVIA

Presentación

Las *Notas sobre Cuestiones propias del Derecho Internacional Privado* conforman un material primigenio de una obra que abordará los temas con mayor profundidad y extensión.

Las notas al pie con citas tienen por supuesto el propósito respetar la autoría de los autores consultados pero además indicar adonde se debe recurrir a fin de profundizar los temas abordados.

Los artículos del Código Civil y otras normas en notas al pie pretenden otorgar autosuficiencia al texto.

Prof. Mag. Corina Andrea Iuale

I.- CONCEPTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Podemos comenzar estas *Notas sobre Cuestiones Propias del Derecho Internacional Privado* explicando que el Derecho Internacional Privado es la rama del derecho que se ocupa a través de normas indirectas, normas directas, de normas internacionalmente imperativas y de normas de la cooperación jurisdiccional de resolver problemas que se presentan en la relación jurídica internacional y en la cooperación jurisdiccional. Se trata de una rama autónoma, con autonomía en la enseñanza, -la misma conforma el plan de estudios de las materias obligatorias de las Universidades de Argentina-, autonomía científica y autonomía legislativa, sistemáticamente regulada en el Título IV, Disposiciones de derecho internacional privado del Código Civil y Comercial. La autonomía científica es ampliamente aceptada, y encontramos en Savigny como uno de los iniciadores de su abordaje científico.

Podemos seguir hablando del Derecho Internacional Privado acudiendo a las diferentes definiciones que han dado los autores sobre el mismo, no sin advertir que dentro de cada definición hay una concepción del mismo que trasciende las meras palabras que se utilizan para definirlo.

Así, para Balestra “El Derecho Internacional Privado es aquella rama del derecho privado cuyo objeto es el estudio y regulación de las relaciones jurídicas, en las que participan uno o más elementos ajenos a la soberanía legislativa local.”

Biocca “Derecho Internacional Privado es aquel que comprende las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial o penal; es suficiente que el interés comprometido sea de una persona privada y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y de la jurisdicción competente.”

Scotti, luego de citar algunas definiciones expresa que “En suma, el derecho internacional privado se ocupa, a través de distintos métodos y normas, de un tipo peculiar de relación jurídica de carácter privado, es decir, entablada entre particulares (personas físicas o jurídicas) o entre un particular y el Estado (siempre que éste actúe como particular), siempre que contenga elementos extranjeros, o sea, elementos que pertenecen, que se vinculan con más de un ordenamiento jurídico.”.

II.- LOS PRINCIPIOS

Dentro de las funciones que cumplen los principios generales del derecho es posible citar aquella que comprende la esencia del derecho orientando al legislador en su labor de creación de normas jurídicas de carácter general, y a los jueces en la labor de interpretar y aplicar la ley.

Surge de lo que expresa Osorio¹, que no pudiendo la ley escrita abarcar todas las posibilidades o eventos que en la vida se presentan, en la labor de aplicar las normas jurídicas a los casos concretos, cuando se presentan lagunas legales surge al juzgador la necesidad de acudir a otras fuentes para resolver el litigio sometido a su jurisdicción; si bien la dificultad está en determinar cuáles son esos principios, Osorio responde que son los del Derecho Natural o sea, los que se derivan de la naturaleza misma de las cosas.

Genaro Carrió², se refiere a ellos, surgiendo de su análisis que los mismos presentan ciertas características, tales como: a.- que presuponen la existencia de otras reglas; b.- que se refieren a quienes están en situación de tener que justificar en concreto decisiones, reclamos, demandas, etc.; c.- que proporcionan una guía acerca de cómo, cuándo, con qué alcance, deben usarse, combinarse, etc.; y d.- que exhiben cierto grado de indiferencia de contenido, en el sentido que trasponen los límites de distintos campos de la regulación jurídica.

Se extrae de lo que afirma David René³ que en el derecho de la familia romano-germánica se recurre a los principios generales desentrañándolos los juristas de la misma ley, pero en caso de ser necesario los buscan al margen de la ley.

El Código Civil y Comercial argentino, en lo concerniente a principios, dice que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento; creando aquí una situación en la que se genera el problema de saber si los principios son aquellos que receptan los valores jurídicos o no, artículo 2 CCyC⁴. Como puede advertirse no acota los principios a aquellos de naturaleza jurídica.

El término *principio*, como punto más a allá del cual no se puede avanzar debido a su irreductibilidad, debe verse al menos desde dos posiciones, una de ellas sostiene que los principios se extraen de lo que resulta moralmente justo y la otra sostiene que los principios se extraen de las normas escritas que, en el Derecho Internacional Privado, pueden ser normas internacionales de fuente interna, de fuente convencional, de fuente institucional, de fuente regional, de fuente universal.

¹ OSORIO, Manuel: "Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales" 1ª Edición Electrónica, Realizada por Datascan, S.A. Guatemala, C.A.

² CARRIÓ, Genaro: "Notas sobre derecho y lenguaje." Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.

³ RENÉ, David y Camilla jauffret-Spinosi: "Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos". Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, D. F.

⁴ CCYC, artículo 2: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Contenido de los principios generales del derecho internacional privado

El contenido *de* los Principios generales del Derecho Internacional Privado, varía según las diferentes relaciones que pueden establecerse, sea en relación a los ordenamientos jurídicos de los Estados que conforman una comunidad jurídica internacional o en relación a un ordenamiento jurídico en particular

En este último caso, se puede hacer una lista, -inestable y mutable- de principios del Derecho Internacional Privado argentino, tales como: el respeto por los derechos adquiridos a la luz de un derecho extranjero; el principio de extraterritorialidad del derecho; el principio de territorialidad cuando situaciones de extrema importancia lo exigen, se trataría de aquellas situaciones vinculadas con la dignidad de la persona humana o vinculadas con la existencia misma del Estado; el principio por el cual se restringe la aplicación del derecho extranjero cuando el mismo afecta el espíritu de la legislación del Estado en el cual debiera ser aplicado el derecho extranjero; el principio de no discriminación del litigante foráneo; el principio de acceso a la jurisdicción; el principio de cooperación internacional, cooperación que no trata solo cooperación jurisdiccional internacional, sino además del derecho aplicable.

En la Comisión de Derecho Internacional Privado de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se concluyó que *Los principios de derecho internacional privado sirven como pautas de interpretación y fuente de inspiración, entendiéndose que su enumeración no es taxativa. Los principios del derecho internacional privado se deducen de la Constitución Nacional, en tanto los recoge y los irradia a la totalidad de su sistema. Los operadores jurídicos deberían observar, a los de fines de la adecuada resolución de los conflictos propios del derecho internacional privado, los principios generales de nuestra disciplina entre los que se destacan la tutela judicial efectiva, el favor debilis, la cooperación y el interés superior del niño y adolescente*⁵.

Los principios de derecho internacional privado en el código civil y comercial:

El principio de fuente legal de la jurisdicción. La jurisdicción tiene su fuente legal en los casos en los que el Código Civil y Comercial no autoriza el ejercicio de la autonomía de la voluntad, artículo 2601⁶. El principio de la fuente legal de la jurisdicción, y tal como está previsto en el Código Civil y Comercial, garantiza el acceso a la jurisdicción en la medida en que ésta muestre bajas probabilidades de resultar abusiva.

El principio de permeabilidad a situaciones de necesidad. Por este principio, el Código Civil y Comercial acepta lo que ya en doctrina se llamaba foro de necesidad, artículo

⁵XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión n° 10, Derecho Internacional Privado: "Principios generales del derecho internacional privado". Presidentes: Sara Feldstein de Cardenas - Eduardo Hooft - Inés Weinberg de Roca

⁶CCyC, artículo 2601: Fuentes de jurisdicción. La jurisdicción internacional de los jueces argentinos, no mediando tratados internacionales y en ausencia de acuerdo de partes en materias disponibles para la prórroga de jurisdicción, se atribuye conforme a las reglas del presente Código y a las leyes especiales que sean de aplicación.

2602⁷. Este principio, sirve para poder atender a las situaciones de necesidad que se presentan en los casos internacionales en cuanto a la jurisdicción internacional.

El principio del bis in ídem refiere a los casos en los que exista una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa iniciada previamente y que se halla pendiente entre las mismas partes en el extranjero. Es en este caso que los jueces argentinos deberán suspender el juicio en trámite en el país, cuando sea previsible que la decisión extranjera pueda ser objeto de reconocimiento en Argentina, artículo 2604⁸. La adopción de este principio en la norma que prevé la circunstancia de litispendencia tiene por *finalidad de evitar la pluralidad de pronunciamientos jurisdiccionales sobre un mismo asunto, finalidad principal a la que se añadiría la secundaria de evitar la sustanciación de procesos inútiles, con beneficio evidente en términos de economía procesal*⁹, principio que pretende bajar el riesgo –aunque incierto– de doble pronunciamiento jurisdiccional.

El principio por el cual queda restringida la autonomía de la voluntad a las causas patrimoniales internacionales. Por este principio, las partes solo podrán hacer uso de la autonomía de la voluntad en acuerdos de elección de foro prorrogando la jurisdicción en jueces o tribunales extranjeros en causas de contenido patrimonial, artículo 2605¹⁰.

El principio del domicilio para las acciones personales como foro general, aceptado en muchos sistemas jurídicos por considerarlo garantía para el demandado, favoreciendo con ello el acceso a la jurisdicción, para as acciones personales, artículo 2605¹¹.

El principio de aceptación de foros exclusivos, en casos en los que el Estado no resigna la jurisdicción como es el caso de los derechos reales sobre inmuebles situados en la República, inscripciones practicadas en un registro público argentino entre otros casos, artículo 2609¹².

⁷ CCYC, artículo 2602: Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz.

⁸ CCYC, artículo 2604: Litispendencia. Cuando una acción que tiene el mismo objeto y la misma causa se ha iniciado previamente y está pendiente entre las mismas partes en el extranjero, los jueces argentinos deben suspender el juicio en trámite en el país, si es previsible que la decisión extranjera puede ser objeto de reconocimiento. El proceso suspendido puede continuar en la República si el juez extranjero declina su propia competencia o si el proceso extranjero se extingue sin que medie resolución sobre el fondo del asunto o, en el supuesto en que habiéndose dictado sentencia en el extranjero, ésta no es susceptible de reconocimiento en nuestro país.

⁹ VEGAS TORRES, Jaime, La eficacia excluyente de la litispendencia <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero0/vegas.pdf>

¹⁰ Artículo 2605 Código Civil y Comercial: Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley.

¹¹ Artículo 2608 Código Civil y Comercial: Domicilio o residencia habitual del demandado. Excepto disposición particular, las acciones personales deben interponerse ante el juez del domicilio o residencia habitual del demandado

¹² Artículo 2609 Código Civil y Comercial: Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas: a. en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República; b. en materia de validez o nuli-

El principio de igualdad de las partes en el proceso como garantía de acceso a la jurisdicción, el cual es aceptado a nivel universal en las convenciones internacionales por las que Argentina se ha obligado. El mismo establece como pauta, que ciudadanos y residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina, artículo 2610¹³.

El principio de cooperación jurisdiccional con indiferencia de la existencia de tratados internacionales, por el que los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral, artículo 2611¹⁴. Las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto como por comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso, artículo 2612¹⁵.

Los principios, entendidos como principios de solución

Una forma de aludir a los *principios del Derecho Internacional Privado* es entendiéndolos como principios de solución al conflicto que exhibe la relación jurídica internacional. Pueden citarse como principios de solución: el principio por el que el acto jurídico surte efecto en el lugar donde el mismo se ejecuta; el principio por el que el acto jurídico se rige por la ley de celebración del mismo; el principio por el que se aplica la ley del domicilio para cuestiones relativas al estado y la capacidad; el principio de aplicación de la ley de la nacionalidad también para aquello relacionado con el estado y la capacidad; el principio por el que se aplica la ley del foro; el principio por el cual se admite la autonomía de la voluntad de las partes para decidir las reglas que regirán sus derechos; el principio por el cual se aplica la ley de ubicación de la cosa; el principio por el cual se aplica la ley del lugar de la comisión del hecho ilícito, el principio por el cual la rela-

dad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino; c. en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.

¹³ Artículo 2610 Código Civil y Comercial: Igualdad de trato. Los ciudadanos y los residentes permanentes en el extranjero gozan del libre acceso a la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanentes en la Argentina.

Ninguna caución o depósito, cualquiera sea su denominación, puede ser impuesto en razón de la calidad de ciudadano o residente permanente en otro Estado. La igualdad de trato se aplica a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de un Estado extranjero.

¹⁴CCyC, artículo 2611: Cooperación jurisdiccional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral

¹⁵CCyC, artículo 2612: Asistencia procesal internacional. Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso. Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demande la asistencia requerida.

ción jurídica comercial internacional se rige por la ley del mercado, refiriéndose a la *lex mercatoria*.

III.- LAS NORMAS PERTENECIENTES AL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Las normas pertenecientes al Derecho Internacional Privado pueden ser directas, indirectas y normas de cooperación jurisdiccional; sin embargo lo que ha captado la mayor atención del Derecho Internacional Privado es la norma indirecta; tal es así que se ha llegado a afirmar que el Derecho internacional privado se comprende solo de normas indirectas. La norma indirecta es aquella que señala cual es el ordenamiento jurídico al cual se debe recurrir para hallar en él contenido del derecho aplicable. Esta afirmación requiere una profundización al momento de abordar la cuestión del reenvío.

Como se dijo, la norma indirecta hace el señalamiento del ordenamiento jurídico que atenderá la cuestión mediante el punto de conexión. Una definición del punto de conexión a través de ejemplos nos lleva al Código Civil y Comercial, es el caso de la declaración de ausencia y presunción de fallecimiento en donde el punto de conexión es el último domicilio conocido o la última residencia habitual de la persona desaparecida, art. 2620¹⁶.

La norma directa, del Derecho Internacional Privado es como lo indica su misma denominación, aquella que regula directamente la cuestión internacional, y que no tiene punto de conexión. La referencia a la internacionalidad de la norma nos indica que podemos estar frente a normas directas internas o locales y normas directas internacionales. La norma que establece que, menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años, artículo 25 CCyC¹⁷, es también una norma directa, pero lo es de derecho local no es una norma internacional, dado que su finalidad no es el caso internacional.

Una norma directa internacional es aquella que regula una relación jurídica internacional, podemos citar como supuesto de norma directa internacional alguno de los artículos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, como es el que establece que la propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación, artículo 14¹⁸. Como puede advertirse no nos remite al derecho de otro estado, sino que la norma lo regula.

En el sentido de la uniformidad, Fernandez Rozas dice que además de la alineación del Derecho Internacional Privado en torno a las normas indirectas, se encuentra también la

¹⁶CCYC, artículo 2620: Derecho aplicable. La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente.

¹⁷ CCYC, artículo 25: Menor de edad y adolescente. Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años. Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

¹⁸ Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías Parte II Formación del contrato, artículo 14: 1) La propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos. 2) Toda propuesta no dirigida a una o varias personas determinadas será considerada como una simple invitación a hacer ofertas, a menos que la persona que haga la propuesta indique claramente lo contrario.

existencia de la corriente impugnadora del modelo savigniano de norma de conflicto y, en particular, dentro de ellos, a las posiciones partidarias de la eliminación del problema del "conflicto de leyes" a través de la adopción de convenios de Derecho uniforme¹⁹.

Surge de lo que expresan Biocca- Cárdenas - Basz²⁰ que la norma de Derecho Internacional Privado es el género comprensivo tanto de las directas o materiales, las cuales ofrecen directamente la solución al problema jurídico que intentan resolver, y las indirectas o formales que por su naturaleza adjetiva tienen sólo por objeto indicar el ordenamiento jurídico que va a regular la relación jurídica.

Resulta de interés indicar a qué se llaman normas de importación y normas de exportación, expresiones usadas por algunos autores y que pueden ser halladas en fallos judiciales. Para ello, consultando a Goldschmidt²¹, podemos expresar que las normas de importación mandan aplicar Derecho extranjero, en tanto que las normas de exportación, ordenan la aplicación del Derecho propio, por ello se dice que exportan al elemento extranjero del caso controvertido.

En cuanto cómo deben ser aplicadas las normas internacionales, el código Civil y Comercial indica una prelación en la aplicación de los Tratados internacionales por sobre las normas de Derecho Internacional Privado de fuente interna cuando en el artículo 2594²² establece que las mismas se determinan por los tratados y las convenciones internacionales vigentes y en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

Rodríguez²³ explica que en lo referente a la jerarquía de las distintas fuentes una rápida lectura del artículo 2594 nos llevaría a concluir que dicha inclusión resulta al menos innecesaria dado que el tema se halla resuelto en la Constitución Nacional; pero que sin embargo, existen en el texto de la norma otras cuestiones para destacar. Una de las cuestiones a las que alude es aquella que indica que, ante la falta de norma convencional específicamente aplicable, corresponde aplicar la ley que determine la norma de conflicto argentina. Dada esta solución, no debe recurrirse por la vía analógica a las convenciones o acuerdos internacionales que no resulten de aplicación directa al caso, diciendo expresamente que "...En más de una oportunidad hemos visto que los magistrados que deben solucionar un conflicto con elementos extranjeros y, ante la falta de tratado específico entre los Estados interesados en la cuestión, recurren a la aplicación analógica de otras normas de fuente convencional, lo cual constituye un error. Advierte que la refe-

¹⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos: "Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI", Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, n° 9, 2000, pp. 7-32.
http://eprints.ucm.es/7696/3/ORIENTACIONES_DEL_DIPR.pdf

²⁰ BIOCCA- CÁRDENAS - BASZ Lecciones de Derecho Internacional Privado Parte general. Buenos Aires Segunda edición Editorial Universidad. 1997

²¹ GOLDSCHMIDT Werner Derecho Internacional Privado Derecho de la Tolerancia Basado En La Teoría Trialista del Mundo Jurídico Séptima Depalma Buenos Aires 1990

²² CCYC, 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.

²³ RODRIGUEZ, Mónica Sofia Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código Civil y Comercial Argentino: El tratamiento de las cuestiones propias del Derecho Internacional Privado PENSAR EN DERECHO N°8 Eudeba 1° edición: julio de 2016 ISSN: 2314-0194

rencia a ordenamientos jurídicos nacionales puede dar lugar a la exclusión de la “lex mercatoria” cuando no se halla autorizada en el ordenamiento jurídico la aplicación de la misma²⁴.

Feldstein²⁵ cuando aborda el problema de la aplicación de las normas de derecho internacional privado, destaca que se vincula al problema de las fuentes en el Derecho Internacional Privado y en particular a la relación entre el derecho interno y el derecho convencional; así es que en el artículo 2594 CCyC reconoce a los tratados como la fuente aplicable por excelencia aplicable a las cuestiones derivadas de las relaciones internacionales del derecho internacional privado. En el análisis de la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, la autora indica que la reforma constitucional de 1994 introdujo modificaciones trascendentes en cuanto a la relación del derecho interno y el derecho internacional, si bien se ha mantenido la redacción de los artículos 27 y 31²⁶; la reforma del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional²⁷ consagró la superioridad de los tratados internacionales. Es decir que los tratados internacionales en general tienen jerarquía supralegal pero infraconstitucional puesto que deben respetar los principios de derecho público constitucional establecido en el artículo 27 de la carta magna.

En cuanto a los tratados de integración el 75 inciso 24²⁸, la norma constitucional recepta la doctrina de la Corte en el caso Cafes La Virginia.

²⁴ RODRIGUEZ, Mónica Sofía ob.cit.

²⁵ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara. Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencia Buenos Aires Hamurabi 2017

²⁶ Constitución Nacional Argentina, Artículo 27: El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. Artículo 31: Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

²⁷ Constitución Nacional Argentina, artículo 75 inciso 22: Corresponde al Congreso:... 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

²⁸ Constitución Nacional Argentina, artículo 75 inciso 24: Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes. La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara,

El caso Cafes La Virginia ²⁹ .

El caso se origina cuando la firma Cafés La Virginia reclama la devolución de un gravamen que le fuera cobrado en virtud de una resolución del Ministerio de Economía, N° 174/86, por la que se estableció un derecho de importación adicional, que se aplicó por la Administración Nacional de Aduanas, a la importación de café crudo originado en el Brasil, producto que conforme al acuerdo de alcance parcial firmado en el ámbito de la ALADI por la Argentina y el Brasil, gozaba del derecho a un arancel cero. También la firma reclamó la devolución de importes abonados al importar el referido producto en concepto de gravamen con destino al Fondo Nacional de Promoción de Exportaciones (arts. 22 y 23, ley 23.101). La Corte Suprema confirmó el fallo de la sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, en cuanto hizo lugar al reclamo de repetición de la suma oportunamente pagada a la Administración Nacional de Aduanas, en concepto de derecho de importación adicional, y revocó el fallo en cuanto a que no había hecho lugar a la repetición de la suma abonada en concepto de gravamen con destino al mencionado Fondo Nacional de Promoción de Exportaciones. Asimismo, rechaza la interpretación del representante del Fisco, en cuanto a que las limitaciones contenidas (en el Tratado de Montevideo de 1980) eran de carácter ético y no imperativo, o sea que el acuerdo de alcance parcial firmado entre la Argentina y el Brasil instituía un nuevo mecanismo flexible en donde los países podían modificar unilateralmente los beneficios negociados ³⁰.

Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, artículo 27: El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 ³¹.

declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo. La denuncia de los tratados referidos a este inciso, exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

²⁹ Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición). C. 572. XXIII.13/10/1994

Fallos: 317:1282

³⁰ PEÑA, Felix Revista Derecho Privado Y Comunitario Editorial Rubinzal Culzoni Sección Derecho Comunitario Vii La Seguridad Jurídica En El Mercosur: Notas En Torno Al Caso Cafes La Virginia (Nota)

³¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. Artículo 46: Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

IV.- EL PUNTO DE CONEXIÓN

Los principios de solución se materializan en el punto de conexión

Cuando nos ocupamos de los principios del Derecho Internacional Privado, dijimos que una manera de aludir a los principios es refiriéndonos a los principios de solución al conflicto que exhibe la relación jurídica internacional, allí hemos citado algunos, tales como el principio por el que el acto jurídico surte efecto en el lugar donde el mismo se ejecuta, el principio por el que el acto jurídico se rige por la ley de celebración del mismo; el principio por el que se aplica la ley del domicilio para cuestiones relativas al estado y la capacidad. Estos principios se materializan en el denominado punto de conexión.

El punto de conexión es lo que da vida y caracteriza a la norma indirecta, las normas directas no tienen punto de conexión. El punto de conexión de la norma indirecta sitúa la solución en un ordenamiento jurídico determinado. El derecho Internacional privado se sirve de la localización y aún cuando se presenten situaciones en las que sea de difícil determinación la ubicación geográfica para el derecho internacional privado la localización continúa siendo ineludible. Si se pretendiera prescindir de la localización y con ello de la aplicación de las normas de un cierto ordenamiento jurídico y recurrir por ejemplo a los principios, ello será posible en tanto lo admita el derecho aplicable. El derecho aplicable será la resultante de lo que indique el Derecho Internacional Privado del juez el cual puede indicar la aplicación de su derecho interno o la aplicación del derecho interno de otro Estado.

El punto de conexión indica el derecho aplicable en tanto que lo que indica el juez que va a entender es llamado por algunos autores como contacto jurisdiccional, nosotros preferimos llamarlo criterio de atribución de jurisdicción.

La localización continúa vigente en la Sociedad de la información

En los casos que se presentan en internet, y con ello mencionamos a la sociedad de la información la idea de fronteras estatales no puede pasarse por alto ya que toda situación o relación jurídica es alcanzada por un ordenamiento jurídico, y si se pretendiera acudir a los principios, la recurrencia a los mismos debe ser admitida en el derecho del Estado cuyo derecho resulte aplicable. A modo de aclaración entendemos por "Sociedad de la Información" en su relación con el Derecho Internacional Privado al estadio del desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación en su relación con los territorios estatales y sus ordenamientos jurídicos.

La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, refiere a cuestiones de índole geográfica cuando se ocupa de la ubicación de las partes. En el artículo 6³² establece pautas vincu-

³² Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, artículo 6. Ubicación de las partes 1. Para los fines de la presente Convención, se presumirá que el establecimiento de una parte está en el lugar por ella indicado, salvo que otra parte demuestre que la parte que hizo esa indicación no tiene establecimiento alguno en ese lugar. 2. Si una parte no ha indicado un establecimiento y tiene más de un establecimiento, su establecimiento a efectos de la presente Convención será el que tenga la relación más estrecha con el contrato pertinente, habida cuenta de las circunstancias conocidas o previstas por las partes en cualquier momento antes de la cele-

ladas a la ubicación de las partes. Al efecto establece que un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar en el que se hallen ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información.³³ El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país.

Los puntos de conexión se pueden clasificar

Diversas clasificaciones pueden hacerse en torno al punto de conexión.

Reales, personales o relativos a los actos.

Reales: son los que se refieren a bienes, así será el lugar de situación, de matriculación. Ejemplo, los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación, artículo 2667CCyC³⁴

Personales, tales como domicilio, nacionalidad, residencia habitual. Ejemplo, en materia de contratos de consumo, el mismo se rige por el derecho del domicilio de consumidor si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato, artículo 2655CCyC³⁵.

bración del contrato o al concluirse éste. 3. Si una persona física no tiene establecimiento, se tendrá en cuenta su lugar de residencia habitual. 4. Un lugar no constituye un establecimiento por el mero hecho de que sea el lugar: a) donde estén ubicados el equipo y la tecnología que sirvan de soporte para el sistema de información utilizado por una de las partes para la formación de un contrato; o b) donde otras partes puedan obtener acceso a dicho sistema de información. 5. El mero hecho de que una parte haga uso de un nombre de dominio o de una dirección de correo electrónico vinculados a cierto país no crea la presunción de que su establecimiento se encuentra en dicho país. 5 Artículo 7. Requisitos de información Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará

³³ Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, artículo 5. Interpretación 1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de velar por la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se inspira su régimen o, en su defecto, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

³⁴ CCyC, artículo 2667: Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados.

³⁵ CCyC, artículo 2655: Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a) si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b) si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c) si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d) si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

Relativos a los actos o sucesos, tales como lugar celebración del acto, lugar de cumplimiento del contrato, lugar de comisión del hecho ilícito, ejemplo la validez del matrimonio se rige por el derecho del lugar de la celebración, artículo 2622³⁶.

Fijos o mutables.

Los fijos pueden referirse a hechos pasados, tales como lugar de comisión del hecho ilícito. Ejemplo el artículo 43 TM-CIV-40³⁷.

En los mutables se requiere además ubicación temporal, tales como el domicilio, la nacionalidad, la situación de una cosa mueble. Ejemplo la capacidad para otorgar testamento y revocarlo, la cual se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto³⁸.

Simple, subsidiarios, acumulativos y alternativos

Según la forma en que la norma indirecta regula la cuestión, los puntos de conexión pueden ser simples, subsidiarios, acumulativos, alternativos.

Un caso de punto de conexión simple es el caso del nombre, en el que el derecho aplicable es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición, artículo 2618 CCyC³⁹.

Un punto de conexión subsidiario está presente en materia de contratos. Así, en defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento, subsidiariamente por las leyes y usos del país del lugar de celebración, artículo 2652 CCyC⁴⁰.

También pueden presentarse de modo alternativo, en cuanto a la forma testamentaria, el testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigi-

³⁶ CCyC, artículo 2622: Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, incisos a), b), c), d) y e). El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio.

³⁷ Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, artículo 43: Las obligaciones que nacen sin convención, se rigen por la ley del lugar en donde se produjo el hecho lícito o ilícito de que proceden y, en su caso, por la ley que regula las relaciones jurídicas a que responden.

³⁸ CCyC, artículo 2647: Capacidad. La capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto.

³⁹ CCyC, artículo 2618: Nombre. El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo

⁴⁰ CCyC, artículo 2652.- Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

das por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas, artículo 2645CCyC⁴¹. Son también alternativos en materia de adopción en donde la anulación o revocación de la misma se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado, artículo 2636 CCyC⁴².

Son acumulativos como es el caso de la adopción en el TM-CIV-1940, en donde la capacidad de las personas, condiciones, limitaciones y efectos, se rigen por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público, artículo 23⁴³.

Los principios de solución que rigen la aplicación del derecho

A.- La ley aplicable según el domicilio

Si bien algunos institutos que se indican a continuación tienen puntos conexión alternativos, haremos alusión en lo concerniente al domicilio.

Citamos a continuación los siguientes supuestos: Capacidad, nombre, ausencia y la presunción de fallecimiento, alimentos, establecimiento y la impugnación de la filiación, reconocimiento de hijo, adopción, responsabilidad parental e instituciones de protección, tutela e institutos similares, sucesiones, capacidad para otorgar testamento y revocarlo, contratos, contratos de consumo, responsabilidad civil, cheque, derechos reales sobre muebles

La aplicación de la ley del domicilio para regir la capacidad de las personas humanas no ha sido sin polémica. En una etapa anterior de la codificación del Derecho Internacional Privado, cuando el principio ampliamente aceptado en Europa era el de la nacionalidad, lo resuelto en el Congreso de Montevideo de 1889 plasmado en el Tratado de Derecho Civil de 1889 receptando el principio de la ley del domicilio, dió lugar a críticas. Federico Díez de Medina expresa –en síntesis–, que la ley de la patria siguiendo a sus nacionales a donde quiera que vayan, es una, por su naturaleza; y la ley del domicilio, esencialmente movable, se halla ciertamente, muy lejos de llenar esa condición. Que las doctrinas que aceptan el principio del domicilio, hallan su fundamento en razones, como las que se fundan en el predominio de la soberanía territorial sobre las legislaciones extranjeras, y en la probable ignorancia de los nacionales acerca de las leyes que rigen en aje-

⁴¹ CCyC, artículo 2645.- Forma. El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

⁴²CCyC, artículo: Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

⁴³ TM-CIV-40, artículo 23: La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público,

nos países. Encuentro que es, sin duda, éste, uno de los motivos por los que los plenipotenciarios del Brasil y de Chile, han rehusado suscribir el Tratado de Derecho Civil⁴⁴.

1.- Capacidad

La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio, artículo 2616 CCyC⁴⁵.

La aplicación de la ley del domicilio para regir la capacidad de la persona humana, como se ha dicho, no ha sido pacífica en el Derecho Internacional Privado, y los autores han hecho alusión a la pugna entre dichos principios de solución. En defensa de la aplicación del principio de la nacionalidad afirman que éste tiene una mayor precisión “...*La noción de domicilio carece de precisión; muchas veces es difícil de determinar dónde está el domicilio de una persona...*”⁴⁶

La Reserva hecha por la Argentina al firmar la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) adoptado en La Habana, Cuba, firmada por Argentina el 20 de febrero de 1928 pero no ratificada, muestra el interés legislativo en cómo regular la capacidad de las personas humanas. En cuanto a la determinación de la ley para regular la capacidad, la Delegación argentina hace constar que *...Mantiene la vigencia de los Tratados de Derecho Civil Internacional, Derecho Penal Internacional, Derecho Comercial Internacional y Derecho Procesal Internacional, sancionados en Montevideo el año 1889, con sus Convenios y Protocolos respectivos, los cuales adoptan sistema del domicilio... No acepta principios que modifiquen el sistema de la "ley del domicilio", especialmente en todo aquello que se oponga al texto y espíritu de la legislación civil argentina.*

2.- Nombre

Siendo el nombre un atributo de la personalidad es razonable que junto a la capacidad y al estado de la persona el mismo se rija según el derecho del lugar del domicilio. El aspecto temporal “domicilio al tiempo de su imposición” tiene su fundamento en que el nombre será puesto según las reglas del Estado en el cual se impone, por ejemplo en nuestro derecho interno, hay ciertos nombres permitidos y otros, no.

El cambio de nombre se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo, artículo 2618⁴⁷.

3.- Declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento

Siendo que la declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento tiene efectos personales, -al margen de los patrimoniales- se rige por el derecho del último domicilio

⁴⁴Díez de Medina, Federico Derecho internacional privado: Breves observaciones á los tratados sancionados por el Congreso internacional sud-americano La Paz, 1889

⁴⁵ CCyC, artículo 2616: Capacidad. La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio. El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida.

⁴⁶ ASSER T.M.C. y RIVIER, Alfonso: “Derecho Internacional Privado”, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/derecho-internacional-privado>

⁴⁷ CCyC, artículo 2618: Nombre. El derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo.

conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual, artículo 2620⁴⁸,

4.- Alimentos

El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Vemos que aquí, debido a la vulnerabilidad del acreedor se faculta al juez a aplicar el derecho más favorable. El criterio de la favorabilidad se establece también en otras situaciones en donde el ordenamiento jurídico pone su atención en función de la materia.

Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos, artículo 2630⁴⁹. En estos acuerdos se puede ejercer la autonomía de la voluntad, aunque de modo acotado, pudiendo optarse entre el domicilio o la residencia habitual de cualquiera de las partes. Si se tratara del derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes, el derecho aplicable es el último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo. Se trata de puntos de conexión alternativos.

5.- Establecimiento y la impugnación de la filiación

Se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo, artículo 2632⁵⁰. Presenta puntos de conexión que van a definir la aplicación del derecho según el criterio de favorabilidad a los derechos fundamentales del hijo. Se advierte la inserción de un criterio temporal: “al tiempo del nacimiento”,

⁴⁸ CCyC, artículo 2620: Derecho aplicable. La declaración de ausencia y la presunción de fallecimiento se rigen por el derecho del último domicilio conocido de la persona desaparecida o, en su defecto, por el derecho de su última residencia habitual. Las demás relaciones jurídicas del ausente siguen regulándose por el derecho que las regía anteriormente. Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables del ausente se determinan por el derecho del lugar de situación o registro de esos bienes

⁴⁹ CCyC, artículo 2630: Derecho aplicable. El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo

⁵⁰ CCyC, artículo 2632: Derecho aplicable. El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo. El derecho aplicable en razón de esta norma determina la legitimación activa y pasiva para el ejercicio de las acciones, el plazo para interponer la demanda, así como los requisitos y efectos de la posesión de estado.

6.- Acto de reconocimiento de hijo

Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. Los puntos de conexión son alternativos.

La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio.

La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo, artículo 2633⁵¹.

7.- Adopción

Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción, ubicando el domicilio en un determinado tiempo, lo cual asegura que se van a tener en cuenta los aspectos protectorios de la adopción internacional. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado, incorporando una conexión alternativa, artículo 2636⁵².

8.- Responsabilidad parental e instituciones de protección

Todo aquello que refiera a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. Como se advierte en este caso se prescinde del domicilio del menor; recuérdese que según el artículo 2614⁵³ CCyC el domicilio de los menores es aquel de quien ejerce la responsabilidad parental. Sin embargo, en tanto lo requiera el interés superior del niño, el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes, artículo 2639⁵⁴.

9.- Tutela e institutos similares

La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador. Ubica el punto de conexión en un momento determinado: “al momento de los hechos” apareciendo un criterio diferente de la responsabilidad parental no recurriendo

⁵¹ CCyC, artículo 2633: Acto de reconocimiento de hijo. Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio. La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.

⁵² CCyC, artículo 2636: Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado

⁵³ CCyC, artículo 2614: Domicilio de las personas menores de edad. El domicilio de las personas menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental; si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, las personas menores de edad se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. Sin perjuicio de lo dispuesto por convenciones internacionales, los niños, niñas y adolescentes que han sido sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

⁵⁴ CCyC, artículo 2639: Responsabilidad parental. Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

al derecho del lugar de residencia sino del domicilio, sin embargo el artículo 1615 CCyC⁵⁵, conduce a la residencia habitual, artículo 2640 CCyC⁵⁶.

10.- Sucesiones

La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, 2644⁵⁷. El principio general en materia de sucesiones es la conexión domicilio del causante, también con una ubicación temporal, sería el último domicilio de la persona. La capacidad para otorgar testamento y revocarlo, se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto, artículo 2647⁵⁸

11.- Contratos

Al domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato se le da significación de lugar de cumplimiento cuando se dan estas circunstancias: que las partes no hayan hecho uso de la autonomía de la voluntad en cuanto al derecho aplicable, que las partes no hayan designado lugar de cumplimiento del mismo, y que no surja el lugar de cumplimiento de la naturaleza de la obligación. Ubica temporalmente el domicilio, debe ser “actual”, artículo 1652 CCyC⁵⁹.

12.- Contratos de consumo

El domicilio del consumidor ocupa un lugar relevante para regir al contrato, cuando se dan ciertas circunstancias. El CCyC, sujeta la conexión al domicilio, en tanto se den ciertos supuestos: a.- cuando la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato, b.- cuando el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c.- cuando el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido y c.- cuando los contratos de viaje, por un precio glo-

⁵⁵ CCyC, artículo 2615: Domicilio de otras personas incapaces. El domicilio de las personas sujetas a curatela u otro instituto equivalente de protección es el lugar de su residencia habitual.

⁵⁶ CCyC, artículo 2640: Tutela e institutos similares. La tutela, curatela y demás instituciones de protección de la persona incapaz o con capacidad restringida, se rigen por el derecho del domicilio de la persona de cuya protección se trate al momento de los hechos que den lugar a la determinación del tutor o curador. Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño.

⁵⁷ CCyC, artículo 2644: Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino.

⁵⁸ CCyC, artículo 2647: Capacidad. La capacidad para otorgar testamento y revocarlo se rige por el derecho del domicilio del testador al tiempo de la realización del acto.

⁵⁹ CCyC, artículo 2652: Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

bal, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento, artículo 2655 CCyC⁶⁰.

13.- Responsabilidad civil

El derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil en caso que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país, artículo 2657 CCyC⁶¹.

14.- Cheque

La ley del domicilio del banco girado determina su naturaleza; las modalidades y sus efectos; el término de la presentación; las personas contra las cuales pueda ser librado; si puede girarse para “abono en cuenta”, cruzado, ser certificado o confirmado, y los efectos de estas operaciones; los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza; si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial; los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago; la necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados; las medidas que deben tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento; y en general, todas las situaciones referentes al pago del cheque, artículo 2662 CCyC⁶².

15.- Derechos reales sobre muebles

Los muebles que carecen de situación permanente, se rigen por el derecho del domicilio de su dueño, artículo 2670⁶³.

⁶⁰ CCyC, artículo 2655: Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a. si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b. si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c. si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d. si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración

⁶¹ CCyC, artículo 2657: Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

⁶² CCyC, artículo 2630: Cheque. La ley del domicilio del banco girado determina: a. su naturaleza; b. las modalidades y sus efectos; c. el término de la presentación; d. las personas contra las cuales pueda ser librado; e. si puede girarse para “abono en cuenta”, cruzado, ser certificado o confirmado, y los efectos de estas operaciones; f. los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza; g. si el tenedor puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial; h. los derechos del librador para revocar el cheque u oponerse al pago; i. la necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados; j. las medidas que deben tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento; y k. en general, todas las situaciones referentes al pago del cheque.

⁶³ CCyC, artículo 2662: Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente. Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar

El domicilio conyugal

El principio del domicilio conyugal, resulta ser la resultante de la relación entre un elemento del matrimonio cual es el de la efectiva convivencia matrimonial y el lugar en el cual ella se lleva a cabo.

En el CCyC, para los efectos personales del matrimonio, las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo, artículo 2624⁶⁴.

El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo, artículo 2630⁶⁵.

Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges, artículo 2626 CCyC⁶⁶.

El domicilio conyugal para los efectos patrimoniales del matrimonio.

Se trata del primer domicilio conyugal, o sea el primer domicilio de convivencia de los cónyuges que, no necesariamente deba coincidir con el Estado de celebración del matrimonio. El criterio del primer domicilio conyugal puede recibir como crítica la de la falta de conexión actual, piénsese en el caso en el que un matrimonio añoso vivió unos pocos años en un Estado migrando luego a otro Estado en el cual se presenta la disolución del matrimonio por divorcio o fallecimiento de uno de ellos treinta años después de ese primer lugar de convivencia conyugal efectiva.

Si se celebraron convenciones matrimoniales para regir las relaciones de los esposos respecto de los bienes habrá que distinguir el momento de la celebración de las mismas. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las celebradas con posterioridad al matrimonio, se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración de la convención.

En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes, artículo 2625⁶⁷.

se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación

⁶⁴ CCyC, artículo 2624: Efectos personales del matrimonio. Las relaciones personales de los cónyuges se rigen por el derecho del domicilio conyugal efectivo.

⁶⁵ CCyC, artículo 2630: Derecho aplicable. El derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos. El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo

⁶⁶ CCyC, artículo 2626: Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio. El divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges.

⁶⁷ CCyC, artículo 2625.- Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos.- respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho

B.- La ley aplicable según el lugar en el que se realiza el acto

Si bien algunos institutos que se indican a continuación tienen puntos conexión alternativos, haremos alusión en lo concerniente al lugar en el que se realiza el acto. El matrimonio, acto de reconocimiento de hijo, contratos en general, contratos de consumo, títulos valores, formas y solemnidades de los actos jurídicos se regulan por el derecho del lugar en el que se realiza el acto.

El principio de la ley del lugar de celebración lugar en el que se realiza el acto exhibe una conexión tan fuerte entre el acto y el Estado en el cual el mismo se lleva a cabo que no admite que otra ley sea aplicada y ello es así en el caso del matrimonio, las formas de los actos jurídicos y la forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto de los títulos valores, entre otros.

1.- Matrimonio

La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio, artículo 2622 CCyC⁶⁸.

2.-La forma de los actos jurídicos

Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado, artículo 2649⁶⁹.

3.- Contratos en general

Para los contratos en general el lugar de celebración es un punto de conexión subsidiario, artículo 2652 CCyC⁷⁰.

del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros

⁶⁸ CCyC, artículo 2622: Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, incisos a), b), c), d) y e). El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio

⁶⁹ CCyC, artículo 2649: Formas y solemnidades. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos, su validez o nulidad y la necesidad de publicidad, se juzgan por las leyes y usos del lugar en que los actos se hubieren celebrado, realizado u otorgado. Cuando la ley aplicable al fondo de la relación jurídica exija determinada calidad formal, conforme a ese derecho se debe determinar la equivalencia entre la forma exigida y la forma realizada. Si los contratantes se encuentran en distintos Estados al tiempo de la celebración, la validez formal del acto se rige por el derecho del país de donde parte la oferta aceptada o, en su defecto, por el derecho aplicable al fondo de la relación jurídica.

4.- Títulos valores

En los títulos valores, la forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto, artículo 2659CCyC⁷¹.

5.- El acto de reconocimiento de hijo La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto, o alternativamente por el derecho que lo rige en cuanto al fondo, artículo 2633CCyC⁷².

6.- Contratos de consumo

Cuando no se dan las condiciones establecidas para que el contrato se rija por el derecho del Estado del domicilio del consumidor, ni por el derecho del país del lugar de cumplimiento, el mismo se rige por el derecho del lugar de celebración, se trata de una conexión subsidiaria, artículo 2655 CCyC⁷³.

C.- La ley aplicable, según el acuerdo de partes

La autonomía de la voluntad tiene aceptación expresa en el Código Civil y Comercial, la cual queda restringida en los contratos de consumo.

Autonomía de la voluntad. Las reglas referidas al ejercicio de la autonomía de la voluntad en torno a la ley aplicable para los contratos, establecen que las mismas serán aplicables

en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta del contrato mismo o de las circuns-

⁷⁰ CCyC, artículo 2652: Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada

⁷¹ CCyC, artículo 2659: Forma. La forma del giro, del endoso, de la aceptación, del aval, del protesto y de los actos necesarios para el ejercicio o para la conservación de los derechos sobre títulos valores se sujetan a la ley del Estado en cuyo territorio se realiza dicho acto.

⁷² CCyC, artículo 2633.- Acto de reconocimiento de hijo. Las condiciones del reconocimiento se rigen por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. La capacidad del autor del reconocimiento se rige por el derecho de su domicilio. La forma del reconocimiento se rige por el derecho del lugar del acto o por el derecho que lo rige en cuanto al fondo.

⁷³ CCyC, artículo 2655.- Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a. si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b. si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c. si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d. si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración

tancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. Dentro de esas reglas corresponde destacar aquella que establece que elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; no aplicándose la misma a los contratos de consumo, artículo 2652⁷⁴.

D.- La ley aplicable según el lugar de cumplimiento: contratos en general, contratos de consumo.

El lugar de cumplimiento del contrato es un principio que vincula el derecho del Estado en donde debe ser ejecutado el mismo. Se trata de un principio de aplicación que es establecido en primer término, ya que subsidiariamente se aplica el derecho del lugar de celebración. El lugar de cumplimiento se relaciona estrechamente con las miras que han tenido las partes al momento de celebrar el contrato.

Contratos en general

En el CCyC, para los contratos en general, en defecto de elección de, derecho por acuerdo de partes, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento, artículo 2652 CCyC⁷⁵.

⁷⁴ CCyC, artículo 2652: Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a. en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta

de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b. elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; c. las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; 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; e. los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso; f. los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g. la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

⁷⁵ CCyC, artículo 2660: Derecho aplicable. Las obligaciones resultantes de un título valor se rigen por la ley del lugar en que fueron contraídas. Si una o más obligaciones contraídas en un título valor son nulas según la ley aplicable, dicha nulidad no afecta otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar en que han sido suscriptas. Si no consta en el título valor el lugar donde la obligación cartular fue suscripta, ésta se rige por la ley del lugar en que la prestación debe ser cumplida; y si éste tampoco consta, por la del lugar de emisión del título

Contratos de consumo

En los contratos de consumo, cuando no se dan las condiciones establecidas para que el contrato se rija por el derecho del Estado del domicilio del consumidor, los mismos se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento, artículo 2655 CCyC⁷⁶.

Títulos valores

En el caso de los títulos valores, la ley del lugar en el que debe cumplirse con el pago determina las medidas que deben adoptarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento, artículo 2661 CCyC⁷⁷.

E.- La ley aplicable según el lugar de donde parte la oferta aceptada:

En la perfección de los contratos entre ausentes, esta conexión no conmueve el derecho aplicable al contrato y se refiere exclusivamente a la formación del contrato mismo. En este caso se ubica el derecho del Estado en el que parte la oferta que ha sido aceptada, que no es el lugar de la aceptación, debiendo como segundo paso bucear en ese ordenamiento jurídico cuál es el sistema que el mismo recepta como sistema de formación del consentimiento. Si la oferta aceptada parte desde Argentina, se aplica el sistema de la recepción, tal como surge del artículo 980⁷⁸.

La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada, artículo 2652CCyC⁷⁹.

⁷⁶ CCyC, artículo 2655: Derecho aplicable. Los contratos de consumo se rigen por el derecho del Estado del domicilio del consumidor en los siguientes casos: a. si la conclusión del contrato fue precedida de una oferta o de una publicidad o actividad realizada en el Estado del domicilio del consumidor y éste ha cumplido en él los actos necesarios para la conclusión del contrato; b. si el proveedor ha recibido el pedido en el Estado del domicilio del consumidor; c. si el consumidor fue inducido por su proveedor a desplazarse a un Estado extranjero a los fines de efectuar en él su pedido; d. si los contratos de viaje, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento. En su defecto, los contratos de consumo se rigen por el derecho del país del lugar de cumplimiento. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por el derecho del lugar de celebración.

⁷⁷CCyC, artículo 2661: Sustracción, pérdida o destrucción. La ley del Estado donde el pago debe cumplirse determina las medidas que deben adoptarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento. Si se trata de títulos valores emitidos en serie, y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones de la ley del domicilio del emisor.

⁷⁸ CCyC, artículo 980: Perfeccionamiento. La aceptación perfecciona el contrato: a. entre presentes, cuando es manifestada; b. entre ausentes, si es recibida por el proponente durante el plazo de vigencia de la oferta.

⁷⁹ CCyC, artículo 2652: Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

F.- La ley aplicable según el derecho de otro estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes:

cláusula de excepción, responsabilidad parental.

Surge de lo que analiza Juenger⁸⁰ en torno a la propuesta de “los vínculos más estrechos” que se trata de la emulación de la noción estadounidense de la “conexión más significativa” en donde se aplica la ley del Estado con el cual el contrato tiene los vínculos más estrechos.

Concluye Rodríguez⁸¹ que la incorporación de este criterio flexible parece otorgar muy poca seguridad jurídica, y que su precisión estará en manos del magistrado interviniente en la solución de la controversia. La decisión de cuál derecho, entre todos aquellos que posean una conexión o contacto con la relación jurídica, es el que posee el vínculo más *estrecho* con ella parece contener gran subjetividad y, por lo tanto, imprecisión.

El CCyC contiene la cláusula de excepción por la que una de las partes puede pedir la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Hecho el pedido de parte, el juez se encuentra facultado a aplicar ese derecho. A tal fin, se tendrán en consideración todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, artículo 2653 CCyC⁸².

En cuanto a la responsabilidad parental, si bien todo lo atinente a ella se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes, artículo 2639 CCyC⁸³.

G.- la aplicación del derecho interno

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 artículo 2596 CCyC⁸⁴.

⁸⁰ JUENGER, Friedrich, El derecho aplicable a los contratos internacionales Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Número 23 Año 1994 <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/23/pr/pr4.pdf>

⁸¹ RODRIGUEZ, Mónica Sofía, ob.cit.

⁸² CCyC, artículo 2597: Cláusula de excepción. Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.

⁸³ CCyC, artículo 2639.- Responsabilidad parental. Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes.

⁸⁴ CCyC, 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

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, artículo 2651 CCyC⁸⁵.

Medidas urgentes de protección. En los supuestos de menores de edad, de mayores incapaces o de personas con capacidad restringida, las medidas urgentes que debe tomar la autoridad competente serán de acuerdo al derecho interno del territorio en el cual se encuentren, artículo 2641⁸⁶.

H.- La ley aplicable según la situación

El principio de la ley de situación, está previsto en materia de sucesiones y de los bienes en general.

En las sucesiones de bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino a modo de excepción a la regla general en donde el derecho aplicable es el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, artículo 2644 CCyC⁸⁷

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.

⁸⁵ CCyC, artículo 2651: Autonomía de la voluntad. Reglas. Los contratos se rigen por el derecho elegido por las partes en cuanto a su validez intrínseca, naturaleza, efectos, derechos y obligaciones. La elección debe ser expresa o resultar de manera cierta y evidente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Dicha elección puede referirse a la totalidad o a partes del contrato. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: a) en cualquier momento pueden convenir que el contrato se rija por una ley distinta de la que lo regía, ya sea por una elección anterior o por aplicación de otras disposiciones de este Código. Sin embargo, esa modificación no puede afectar la validez del contrato original ni los derechos de terceros; b) elegida la aplicación de un derecho nacional, se debe interpretar elegido el derecho interno de ese país con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes, excepto pacto en contrario; c) las partes pueden establecer, de común acuerdo, el contenido material de sus contratos e, incluso, crear disposiciones contractuales que desplacen normas coactivas del derecho elegido; 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; e) los principios de orden público y las normas internacionalmente imperativas del derecho argentino se aplican a la relación jurídica, cualquiera sea la ley que rija el contrato; también se imponen al contrato, en principio, las normas internacionalmente imperativas de aquellos Estados que presenten vínculos económicos preponderantes con el caso; f) los contratos hechos en la República para violar normas internacionalmente imperativas de una nación extranjera de necesaria aplicación al caso no tienen efecto alguno; g) la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país. Este artículo no se aplica a los contratos de consumo.

⁸⁶ CCyC, artículo 2641.- Medidas urgentes de protección. La autoridad competente debe aplicar su derecho interno para adoptar las medidas urgentes de protección que resulten necesarias respecto de las personas menores de edad o mayores incapaces o con capacidad restringida, o de sus bienes, cuando se encuentren en su territorio, sin perjuicio de la obligación de poner el hecho en conocimiento del Ministerio Público y, en su caso, de las autoridades competentes del domicilio o de la nacionalidad de la persona afectada, excepto lo dispuesto en materia de protección internacional de refugiados

⁸⁷ CCyC, artículo 2644: Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino

En los derechos reales sobre inmuebles, la calidad de bien se determina por la ley del lugar de su situación, artículo 2663 CCyC⁸⁸. Se rige por la ley del lugar de su situación todo atinente a los mismos, artículo 2667 CCyC⁸⁹.

Si se tratara de derechos reales sobre bienes registrables, los mismo se rigen por el derecho del Estado del Registro, artículo 2668 CCyC⁹⁰.

Se rigen también por el lugar de su situación, los derechos reales sobre muebles de situación permanente, aquí se tendrá en cuenta el lugar de situación al momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos, artículo 2669 CCyC⁹¹.

Si se tratara la cuestión sobre derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente, pero que además se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación, artículo 2670 CCyC⁹².

I.- La ley aplicable según el lugar en donde se produce el daño,

El principio de solución por el cual la cuestión se rige por el derecho del lugar en el que se produce el daño difiere del que indica como aplicable el derecho del lugar en el cual se produce el hecho dañoso. Así, el CCyC, en materia de responsabilidad civil, indica el derecho del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del mismo, artículo 2657 CCyC⁹³.

⁸⁸ CCyC, artículo 2663.- Calificación. La calidad de bien inmueble se determina por la ley del lugar de su situación.

⁸⁹ CCyC, artículo 2667.- Derecho aplicable. Derechos reales sobre inmuebles. Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación. Los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados.

⁹⁰ CCyC, artículo 2668.- Derecho aplicable. Derechos reales sobre bienes registrables. Los derechos reales sobre bienes registrables se rigen por el derecho del Estado del registro.

⁹¹ CCyC, artículo 2669.- Derechos reales sobre muebles de situación permanente. Cambio de situación. Los derechos reales sobre muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, se rigen por el derecho del lugar de situación en el momento de los hechos sobre los que se plantea la adquisición, modificación, transformación o extinción de tales derechos. El desplazamiento de estos bienes no influye sobre los derechos que han sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior.

⁹² CCyC, artículo 2670.- Derechos reales sobre muebles que carecen de situación permanente. Los derechos reales sobre los muebles que el propietario lleva siempre consigo o los que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar se rigen por el derecho del domicilio de su dueño. Si se controvierte o desconoce la calidad de dueño, se aplica el derecho del lugar de situación

⁹³ CCyC, artículo 2657.- Derecho aplicable. Excepto disposición en contrario, para casos no previstos en los artículos anteriores, el derecho aplicable a una obligación emergente de la responsabilidad civil es el del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión. No obstante, cuando la persona cuya responsabilidad se alega y la persona

V.- APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

El tema de la aplicación del derecho extranjero se halla íntimamente vinculado con la extraterritorialidad de la ley.

Una de las maneras de aceptar la extraterritorialidad de la ley se fundamenta en la idea de comunidad jurídica internacional.

El concepto de interestatalidad refiere a las fronteras estatales, en tanto que el de internacionalidad lo hace a los aspectos sociológicos contenidos en aquellas. Con el primero, puede verse cuantos son los Estados que forman parte de la comunidad jurídica internacional, en tanto que con el segundo puede saberse qué hay en común entre los Estados que forman parte de la mencionada comunidad⁹⁴.

La existencia de una comunidad internacional es reconocida en diferentes momentos de la evolución del derecho y con diferentes motivaciones. La razón jurídica de la aplicación internacional del derecho, en Savigny⁹⁵, es la comunidad de los Estados. Pillet⁹⁶ hace críticas diciendo que ocurre frecuentemente que se emplea esta expresión sin precisar en forma suficiente lo que significa. Vico, dice que el temperamento filosófico y universalista de Savigny lo llevó a una generalización más vasta, con una óptica universalista. Weiss⁹⁷, que el concepto de comunidad de derecho en Savigny muestra una idea un poco vaga, y que la teoría de Savigny parte de dos conceptos universales, uno es el de la solidaridad humana y el otro es el de la comunidad de instituciones jurídicas fundamentales que descubrimos en todos los pueblos. Ciuro Caldani⁹⁸ dice que en la obra de Savigny, el derecho de la comunidad jusprivatista internacional significa que cada Estado aplica el derecho de otro Estado por costumbre y según sea el derecho más vinculado al caso, salvo el caso de orden público⁹⁹.

Surge de lo que expresa Vico¹⁰⁰, que la razón jurídica de la aplicación del derecho más allá de las fronteras del estado en el cual el mismo fue creado, es en Savigny, la comunidad de los Estados, se trata de una comunidad que proporciona el fundamento extraterritorial de la ley extranjera; se trata de una comunidad que hace posible la existencia de una vida jurídica internacional en las relaciones de derecho privado que exige cierta concordancia de principios básicos contenidas en todas las legislaciones que la conforman.

perjudicada tengan su domicilio en el mismo país en el momento en que se produzca el daño, se aplica el derecho de dicho país.

⁹⁴ IUALE, Corina Andrea La sociedad de la información y el Derecho Internacional Privado elDial.com - DC2BFB

⁹⁵ SAVIGNY Federico Carlos Savigny Sistema del derecho romano actual Tomo VI- Madrid, ED. Góngora t Compañía Editores, 1879.-

⁹⁶ Pillet, Antonio, Principio del Derecho internacional Privado, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1923.

⁹⁷ Weiss, André, Manual de Derecho Internacional Privado, tomo I, Traducción, Prólogo y Notas de Estanislao Zeballos, Paris, Librairie de la Societé du Recueil Sirey, 1911

⁹⁸ Ciuro Caldani, Miguel Angel, Lecciones de Filosofía del Derecho Privado. Rosario, Fundación para las investigaciones Jurídicas, 2003

⁹⁹ IUALE, Corina Andrea Savigny: Fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho.

Ley aplicable a los contratos. Idea de proyección de la comunidad jurídica internacional elDial.com

¹⁰⁰ Vico, Carlos, Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo Primero, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1934

Savigny fundamenta la extraterritorialidad del derecho en la existencia de elementos comunes entre los Estados que forman parte de esa comunidad, como lo son el derecho canónico y el derecho romano.

Algunos autores indican que en la relación entre la cooperación internacional y el Derecho internacional privado, el análisis de la cooperación internacional no se agota en la cooperación jurisdiccional, -cooperación judicial y cooperación administrativa- sino que debe vérsela además en la cooperación internacional en el derecho aplicable entendiendo a ésta se realiza cuando el juez de un Estado aplica derecho extranjero. En torno a la cooperación internacional en el derecho aplicable, dice GARCÍA CANO¹⁰¹ *que la posibilidad que el derecho del foro designe en determinados supuestos la aplicación de un derecho extranjero supone la más embrionaria manifestación de la cooperación internacional en este sector del DIPr.*

Un sujeto es demandado en Argentina en razón de estar domiciliado en Argentina por incumplimiento del contrato del cual es parte, un contrato celebrado en Argentina para ser cumplido en Paraguay. Aquí, deberá el juez argentino aplicar el derecho de Paraguay, artículo 37 TM-CIV-40¹⁰².

Otro caso que puede citarse es el del matrimonio celebrado en otro país con el cual Argentina no tiene tratado, en donde los cónyuges, habiendo residido un tiempo en donde celebraron el matrimonio, luego de haberse trasladado a Argentina se divorcian en este país. Aquí el juez del divorcio debe aplicar derecho extranjero: en defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal, artículo 1625 CCyC¹⁰³.

Implica también una forma de aplicación el derecho extranjero, el caso del reconocimiento de una relación jurídica creada a la luz de otro derecho, como lo es la adopción, cuyos requisitos y efectos se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción, artículo 2636 CCyC¹⁰⁴.

Los aspectos que deben analizarse en lo atinente a la aplicación del derecho extranjero, son: la naturaleza del derecho extranjero, y la disponibilidad o no en la aplicación del derecho extranjero.

¹⁰¹ GARCÍA CANO, Sandra: La cooperación internacional entre autoridades en el marco de la protección del menor en Derecho Internacional Privado español. Tesis Doctoral <http://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/405/13208299.pdf?sequence=1>

¹⁰² 37 TM-CIV-40, artículo 37: La ley del lugar en donde los contratos deben cumplirse rige: a) Su existencia; b) Su naturaleza; c) Su validez; d) Sus efectos; e) Sus consecuencias; f) Su ejecución; g) En suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea.

¹⁰³ CCYC, artículo 2625: Efectos patrimoniales del matrimonio. Las convenciones matrimoniales rigen las relaciones de los esposos respecto de los bienes. Las convenciones celebradas con anterioridad al matrimonio se rigen por el derecho del primer domicilio conyugal; las posteriores se rigen por el derecho del domicilio conyugal al momento de su celebración. En defecto de convenciones matrimoniales, el régimen de bienes se rige por el derecho del primer domicilio conyugal. Todo ello, excepto en lo que, siendo de estricto carácter real, está prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes. En el supuesto de cambio de domicilio a la República, los cónyuges pueden hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho argentino. El ejercicio de esta facultad no debe afectar los derechos de terceros.

¹⁰⁴ CCYC, artículo 2636: Derecho aplicable. Los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. La anulación o revocación de la adopción se rige por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado.

La naturaleza del derecho extranjero

En cuanto a la naturaleza del derecho extranjero el interrogante es si luego de traspasar las fronteras del Estado en el cual se ha creado, sigue siendo derecho. La naturaleza del derecho extranjero, como se anticipó nos lleva a la pregunta de si es derecho o se convierte en un hecho. El entendimiento del derecho extranjero como hecho tiene su fundamento en virtud de la soberanía de los Estados que no permitiría la aplicación de otro derecho que no sea el propio.

Biocca- Cárdenas - Basz ¹⁰⁵ refieren a las teorías que dan sus respuestas a la cuestión de la aplicación del derecho extranjero, citando al efecto a las teorías normativistas o jurídicas y a las teorías realistas. Surge de lo que expresan que las teorías normativistas consideran al derecho extranjero como derecho, por lo que cuando es indicado mediante la norma indirecta del juez, esa indicación es al orden jurídico extranjero como conjunto de normas. Dentro de las teorías normativistas se distinguen la que estima que el derecho extranjero se debe aplicar como derecho y como extranjero; y otra que exige acudir a los recursos de incorporación, apropiación o nacionalización del derecho extranjero al derecho nacional. Las teorías realistas, entienden al derecho extranjero como un hecho, siendo esta su naturaleza, por lo que el derecho creado en un Estado cesa su carácter de derecho al cruzar las fronteras del Estado en el cual ha sido creado, adquiriendo entonces el carácter de hecho. Dentro de las teorías realistas se halla la postura que fundamenta la aplicación extraterritorial del derecho en la cortesía internacional, como es el caso de la Escuela holandesa del siglo XVII, la escuela de la *comitas gentium*) y sus continuadores angloamericanos (*comity*) y la teoría del uso jurídico ¹⁰⁶.

Goldschmidt¹⁰⁷ refiere a la nacionalización legislativa material y a la nacionalización legislativa formal del derecho extranjero; en cuanto a la primera, explica que la teoría de la nacionalización legislativa material afirma que el legislador al prever la posibilidad de la aplicación de derechos extranjeros los nacionaliza, asimilándolos, de cierto modo, al cuerpo legal propio para que no se produzca un rechazo orgánico; en tanto que en la doctrina de la nacionalización legislativa formal no se nacionalizan las normas sino las fuentes extranjeras de producción de normas, o sea que se lo nacionaliza en la medida en que lo producen sus fuentes. La teoría de la nacionalización judicial afirma que es el juez nacional el que nacionaliza el derecho extranjero en el momento de aplicarlo en su fallo.

La teoría del uso jurídico sostenida por Goldschmidt¹⁰⁸ sostiene que el derecho extranjero es un hecho notorio y debe ser aplicado del mismo modo en que lo haría el juez en el país respectivo; se trata de imitar la sentencia del juez, algo así como sentarse en el sillón del juez extranjero.

¹⁰⁵ BIOCCA- CÁRDENAS - BASZ ob.cit.

¹⁰⁶ Algunos citan a la teoría del uso jurídico como una posición intermedia entre las llamadas teorías normativistas y las teorías vitalistas.

¹⁰⁷ GOLDSCHMIDT ob.cit.

¹⁰⁸ GOLDSCHMIDT ob.cit.

El tratamiento del derecho extranjero como derecho está presente en los Protocolos a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 cuando en el artículo 3 de cada uno de ellos, prevé con idéntico texto que todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan, aplicando las leyes de cualesquiera de los otros Estados.

La disponibilidad del derecho extranjero

Sobre la disponibilidad del derecho extranjero o sea el tratamiento procesal del derecho extranjero cabe indicar que el problema consiste en determinar si se trata de la aplicación oficiosa del mismo o si será a pedido de parte. Cada una de esas situaciones responden a una postura en particular.

La aplicación a pedido de parte

La aplicación a pedido de parte tiene su antecedente en el sistema de "comitas gentium", que considera al derecho extranjero un hecho, el cual debe ser alegado y probada su existencia y vigencia. Estaba receptada en el Código Civil argentino en su artículo 13 en estos términos: "La aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial." Esta norma en su vigencia solo habilitaba la aplicación del derecho extranjero en tanto se hubieran dado las condiciones que la norma exigía: que lo haya pedido la parte interesada, quien debía probar además la existencia del derecho extranjero.

Durante la vigencia del artículo 13 citado se dieron variadas interpretaciones para salvar el escollo que presentaba el mismo. En primer lugar porque concurrían en el mismo Código Civil fuentes como Story, -citado por el codificador en la nota al artículo 13- y Savigny en otras de las normas; y además porque otras normas de fuente no interna albergaban la concepción de Savigny.

La aplicación oficiosa del derecho extranjero

La aplicación de oficio del derecho extranjero se encuentra fundamentada en la teoría de Savigny, quien sostiene que la aplicación del derecho extranjero se fundamenta en la comunidad jurídica de los Estados, una comunidad de hecho cuyos miembros tienen en común el derecho romano y el derecho canónico. En esta visión del derecho extranjero, el mismo sigue siendo derecho a pesar del cruce de las fronteras del Estado donde surgió por lo que no es necesario alegarlo ni probarlo, y su aplicación es de oficio. En el caso del hecho notorio, el derecho extranjero tampoco debe ser probado por su notoriedad.

La aplicación oficiosa del derecho extranjero ya estaba incorporada a nuestro ordenamiento jurídico -de fuente convencional- en vigencia del artículo 13 del Código Civil, en los casos en los que eran de aplicación los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

Los Protocolos adicionales a los tratados mencionados de 1889¹⁰⁹ y de 1940 determinan uno y otro con idéntico texto que la aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada. También la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado da testimonio de la oficiosidad en la aplicación del derecho extranjero, cuando expresa que los jueces y autoridades de los Estados parte están obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, artículo 2¹¹⁰.

En la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado también se impone a los jueces aplicar el derecho extranjero, artículo 2¹¹¹.

El Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial dispone, en el artículo 2595 que 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 en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate; c) si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos.

La norma dice que el juez debe establecer el contenido del derecho extranjero y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece. Como se advierte no le impone al juez tan solo la aplicación de la letra del derecho extranjero.

En torno a la expresión “el juez establece el contenido del derecho extranjero” el término “establece” usado en la norma -dice RAPALLINI¹¹²- señala la facultad que tiene

¹⁰⁹ Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889, artículo 2: Su aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada. El artículo 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940 tiene idéntica redacción.

¹¹⁰ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado artículo 2: Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

¹¹¹ Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 2: Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada.

¹¹² RAPALLINI, Liliana Etel El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina PROYECTO E INVESTIGACIÓN APROBADO POR LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LA PLATA. <http://www.calp.org.ar/download/el-derecho-internacional-privado-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacionproyecto-de-investigacion-aprobado-por-la-facultad-de-ciencias-juridicas-y-sociales-de-la-universidad-nacional-de-la-plata-e/?wpdmml=4681>

al juez de proveerse del contenido del derecho extranjero; la autora indica, que lo que debe hacer el juez no es valerse sólo del texto y vigencia del derecho extranjero sino también de su alcance y sentido comprendiendo con ello, la doctrina, jurisprudencia, usos prácticos y costumbres del derecho extranjero.

Feldstein¹¹³ hace un análisis del literal “a”, el cual puede sintetizarse así: a.- al modelo de aplicación obligatoria del derecho extranjero, a diferencia de la consideración que sobre el mismo hacía el artículo 13 del CC, aunque sin llegar a consagrar expresamente la aplicación de oficio por el juez; b.- a la teoría del uso jurídico, colocándose en una posición intermedia, entre las llamadas teorías jurídicas/normativistas y teorías fácticas/vitalistas, sobre la naturaleza del derecho extranjero.; y c.- a la competencia residual de la *lex fori*, *dado que* si por algún motivo no se pudiese “establecer” el contenido del derecho extranjero, sea por el juez o por el auxilio de las partes interesadas, se autoriza al juzgador a aplicar el derecho argentino.

Rodríguez¹¹⁴ explica que cuando la norma indica “...en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del Derecho Internacional Privado argentino de fuente interna ...” corresponde la aplicación de la ley que determine la norma de conflicto argentina, impidiendo con ello recurrir a la aplicación analógica de las convenciones o acuerdos internacionales que no resulten de aplicación directa al caso. Tal análisis es destacable ya que antes del Código Civil y Comercial los magistrados recurrían por vía analógica a otras normas de fuente convencional.

El literal b) contempla la existencia de varios sistemas jurídicos *covigentes* con competencia territorial o personal, así como la sucesión de diferentes ordenamientos legales, indicando que debe aplicarse el derecho según las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece. Y para el supuesto de inexistencia de tales reglas, será de aplicación el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate.

El literal c) establece que 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.

Rodríguez¹¹⁵ señala que el literal c) efectúa una clara referencia a la aplicación del *depeçage* y a los problemas de incoherencia que pueden generarse por la aplicación de distintas leyes a diferentes aspectos de una misma situación jurídica. La norma impone, por un lado, la obligación de una necesaria “armonización”, y exhorta al juez a procurar realizar las “adaptaciones necesarias” para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de los derechos aplicables.

¹¹³ FELDSTEIN de Cárdenas, Sara La aplicación del derecho extranjero en el Código Civil y Comercial Una mirada crítica, BUENOS AIRES, - jueves 31 DE marzo DE 2016

¹¹⁴ RODRIGUEZ, Mónica Sofía, *ob.cit.*

¹¹⁵ RODRIGUEZ, Mónica Sofía, *ob.cit.*

La aplicación del derecho extranjero en la jurisprudencia.

En autos SCBA, 28/04/04, Soto, Javier c. Exxe S.A. se analiza la aplicación del derecho extranjero. Se había rechazado la demanda por lo que la parte actora dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley, en el que denuncia transgresión de los arts. 13 del Cód. Civil; 32 y 33 del Tratado de Montevideo de 1889 (Tratado de Derecho Civil de las Personas) aprobado por ley 3192 y por la República de Perú por ley del 4/XI/1989 y 2 del Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889. Alega el recurrente que teniendo en cuenta que en la cúspide de la pirámide de validez de la normativa vigente se halla la Constitución nacional y los tratados con las potencias extranjeras por sobre las normas que sustentan el fallo, el tribunal de grado debió aplicar de oficio la ley peruana y no exigir la invocación y acreditación de la ley extranjera. Por todo lo apuntado no se puede sino concluir, dice el fallo, que atento a que la República del Perú es uno de los Estados parte de los Tratados de Montevideo de 1889 (con su Protocolo adicional) y de La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, correspondía al a quo, en la especie, la aplicación de oficio de la legislación peruana, llamada por la norma de conflicto (art. 3º, LCT).

El magistrado en su voto explica que el papel que desempeña el derecho extranjero dentro del proceso en la Argentina, ha sido explicado por varias teorías, las que se diferencian por el grado de participación o injerencia que se le asigna al juez. **La teoría dispositiva** le otorga al judicante un rol pasivo: son los justiciables los que deben invocar y probar la ley extranjera convocada por la norma indirecta. En cambio –la doctrina opuesta- la del principio de la oficialidad, le acuerda al magistrado un rol activo: tiene que aplicar obligatoriamente y de oficio el derecho no nacional.

Surge del fallo que:

Las corrientes intermedias, en sus diversas variantes, disciernen a favor del juez y/o de las partes. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 377, ha acogido una de las variantes de la teoría intermedia ya que con la reforma efectuada por la ley 22.434, se añade a dicho precepto un tercer párrafo que, si bien continua colocando como carga de las partes alegar el derecho extranjero, concede al judicante la potestad de aplicarlo *ex officio*.

A su vez, los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, así como el Convenio Argentino-Uruguayo, aprobado por ley 22.411, se afiliaron a la tesis de la oficialidad.

También se ha desarrollado otra teoría llamada del uso jurídico, según la cual, tratándose el derecho extranjero de un hecho notorio, ha de ser tomado en cuenta por el juez de la causa sin necesidad de invocación ni prueba por las partes. Tal postura fue sostenida por la delegación argentina en la Segunda Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, siendo fundamento del art. 2º del la Convención Interamericana sobre normas generales, que impone la obligación de los jueces y autoridades de los Estados parte de aplicar el derecho indicado por la norma de conflicto "tal como lo harían los jueces de Estado cuyo derecho resultara aplicable". Más recientemente, el principio de la oficialidad fue nuevamente sostenido por la República, juntamente con la del Uruguay, en el Convenio sobre aplicación e información del derecho extranjero (aprobado por ley 22.411), cuyo art. 1º establece esa solución.

El *ius foráneo* constituye –se sostiene– un hecho notorio, lo que no quiere decir que todo el mundo lo tenga presente, sino una circunstancia sobre la que todos pueden informarse de modo auténtico. Como tal hecho notorio, el juez debe tenerlo en cuenta oficiosamente, sin perjuicio de que las partes lo aleguen y que aporten todas las pruebas que estimen oportunas.

VI.- REENVÍO

El reenvío es una operación mental que debe hacer el juez ante la cuestión de la cantidad de derecho extranjero aplicable. El mismo no estaba contemplado en el Código Civil.

Surge de lo que explica SOTO¹¹⁶ que ante el interrogante sobre a qué nos referimos cuando decimos que aplicamos derecho extranjero aparece un segundo interrogante y es si se refiere a todo o a una parte del derecho extranjero. Si se tratara de la aplicación de una parte del derecho extranjero, una de las situaciones que puede darse es que se aplique el derecho interno del derecho extranjero, sería el caso de la teoría de la referencia mínima. Pero cuando la referencia es a todo el derecho extranjero, se está frente a la teoría de la referencia máxima en donde será de aplicación el derecho extranjero en su integridad o sea el derecho extranjero como sistema jurídico. A su vez la teoría de la referencia máxima tiene varias soluciones. Una por la que el derecho internacional privado del derecho aplicable aplique su propio derecho porque contiene normas de exportación tratándose entonces de una aceptación pura y simple; pero si ocurriera que el derecho internacional privado reenvía a otro derecho, los posibles casos son: a.- que reenvíe al derecho interno del juez (reenvío simple o de primer grado o de retorno); b.- que reenvíe al derecho de un tercer estado (reenvío de segundo grado); c.- que reenvíe al derecho internacional privado del juez el cual a su vez reenvía al derecho internacional privado del derecho aplicable y así sucesivamente llamándose a ésta la teoría del ping pong internacional o doble espejo.

Una condición para que se dé el reenvío es que los puntos de conexión no sean coincidentes, por ejemplo en nuestro derecho internacional privado de fuente interna la capacidad se rige por la ley del domicilio y el Derecho Internacional Privado extranjero indicado por la norma de conflicto tiene como punto de conexión la nacionalidad.

Scotti¹¹⁷, cita dos casos más que son el reenvío circular, cuando la norma indirecta del foro remite al Estado B, y su norma de conflicto reenvía al derecho del Estado C, pero C declara aplicable el derecho del foro. Y el reenvío con aceptación o neutro en el que la norma indirecta del Estado A remite al Estado B, y la norma de conflicto de éste es idéntica a la de A, y por ende declara aplicable su propio derecho.

En cuanto a los grados de reenvío cierta parte de la doctrina le resta importancia; así, Rapallini¹¹⁸ califica como añeja a la doctrina de clasificación de los grados del reenvío evocando el primero, segundo y el tercero conforme las sucesivas búsquedas y llamando circular al que retorna al ordenamiento del foro.

Se cita como antecedente del reenvío el caso Forgo fallado por la Corte de Casación francesa en 1878.

Franz Xaver Forgo nació en Bavaria, Estado Federal de Alemania en 1801, hijo natural. A los cinco años de edad, su madre decidió emigrar a Francia estableciéndose en Pau

¹¹⁶ SOTO, Alfredo Temas estructurales de Derecho Internacional Privado Buenos Aires Editorial Estudio 2011

¹¹⁷ SCOTTI, Luciana Manual de Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, La Ley, 2017

¹¹⁸ RAPALLINI, Liliana Temática de Derecho Internacional Privado Editorial Lex La Plata 2017

localidad de Aquitania. Mientras permaneció en Pau, Forgo nunca adquirió domicilio en Francia de acuerdo a la legislación de este país, creando una gran fortuna constituida por bienes muebles. Falleció a los 68 años sin tener ascendencia, descendencia, ni relación conyugal conocida y sin dejar testamento.

Una vez abierta la sucesión, aparecen unos parientes colaterales maternos y el Estado Francés. Ante la cuestión de cuál es la ley aplicable a la sucesión; los parientes colaterales, quienes se consideraban herederos según el Derecho bávaro, basaban su pretensión en el Codex Maximilianus Bavaricus de 1756, según el que a falta de descendiente del causante, heredarían los parientes colaterales.

El Fisco Francés argumentaba, que era el Estado francés el heredero, dado que en el Código Civil Francés, la sucesión se regía por el domicilio de derecho de acuerdo a la norma de conflicto, o sea el Bávaro, porque era éste el lugar donde tenía el domicilio de derecho. El Codex Maximilianus Bavaricus indicaba que la sucesión se regiría por la legislación del domicilio de hecho del causante, en este caso Francia, ley bajo la cual, al no tener descendencia ni cónyuge alguno, permitía que automáticamente que la herencia correspondiera al fisco Francés.

La cuestión era que la legislación francesa exigía la constitución de un domicilio en Francia, pero Forgo jamás lo solicitó. Posteriormente a ello, cierto es que se remitiría, como decía el Código Civil Francés, al Derecho bávaro porque allí se encontraba su domicilio de derecho, pero la legislación bávara lo que hacía era volver a remitir la sucesión a la legislación francesa.

La Corte resolvió que la ley aplicable a la sucesión de bienes muebles era la ley Bávara, por ser el domicilio del dueño de las cosas y a su vez, definió el Derecho bávaro, como un Derecho en su conjunto y que a efectos de la aplicación del Derecho Internacional Privado bávaro, la ley indica que se debe aplicar la ley del domicilio de hecho del causante y la ley del lugar donde están situados los bienes remitiendo a la legislación francesa. Por estas razones, el heredero de Forgo fue el Estado francés.

Tomando lo expresado por Balestra¹¹⁹ el reenvío surgido en la jurisprudencia francesa con el caso Forgo, resuelto por la Corte de Casación de Francia en 1878, consiste en la determinación de cuál ley será la que indique cuál es el derecho interno que dará la solución a un caso de Derecho internacional privado en el caso que dos o más reglas indirectas se ponen en contacto por sucesivas remisiones

El reenvío en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial refiere al reenvío en el 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.”

¹¹⁹ BALESTRA, Ricardo Manual de Derecho Internacional Privado —Parte General— Abeledo Perrot Buenos Aires, 1993

El artículo 2596 prevé:

- a.- La aplicación del derecho extranjero de modo íntegro, o sea comprendiendo las normas de derecho internacional privado del Estado cuyo derecho resulte aplicable según la norma indirecta;
- b.- La aplicación del derecho interno de Argentina cuando el derecho aplicable al caso reenvía al derecho argentino;
- c.- En los casos en los que se ejerce la autonomía de la voluntad, se entiende que se ha elegido el derecho interno, excepto referencia expresa en contrario.

Como puede observarse el artículo 2596, por un lado acepta el reenvío como una forma de armonización de los derechos estaduales vinculados al caso, pero asimismo, lo restringe a lo que llaman algunos autores como reenvío de primer grado y lo excluye – salvo disposición en contrario- en los casos en los que las partes designan un derecho aplicable. La norma intenta evitar los problemas que se le asignan al reenvío.

Rodriguez advierte que la norma resulta incompleta ya que nada dice respecto a cómo resolver los reenvíos de segundo o grado sucesivo, en los supuestos en los que la norma de conflicto extranjera no reenvíe al derecho del foro, sino al de un tercer Estado¹²⁰

En el ámbito del Mercosur, el Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Transito entre los Estados Partes del Mercosur en su artículo 3 establece que la responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regula por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente¹²¹ negando el reenvío.

Síntesis:

Entonces, cuando una norma indirecta indica la aplicación del Derecho extranjero, corresponde determinar qué es lo que debe aplicarse, si el derecho sustancial de ese Estado o el Derecho Internacional Privado del mismo. Si se aplica Derecho Internacional Privado puede darse que sea de aplicación el derecho interno, o no, en este último caso estaríamos ante un caso de reenvío.

El reenvío se da cuando se aplica de manera integral el derecho del Estado a cuyo ordenamiento jurídico envía la norma de conflicto. No debe haber puntos de conexión coincidentes.

El artículo 2596 CCYC prevé la aplicación del derecho extranjero de modo íntegro, del Estado cuyo derecho aplicable según lo indicara la norma indirecta; la aplicación del derecho interno de Argentina cuando el derecho aplicable al caso reenvía al derecho

¹²⁰ RODRIGUEZ, Mónica Sofía, ob.cit.

¹²¹ Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergente de Accidentes de Transito entre los Estados Partes del Mercosur, artículo 3 : La responsabilidad civil por accidentes de tránsito se regular por el derecho interno del Estado Parte en cuyo territorio se produjo el accidente. Si en el accidente participaren o resultaren afectadas nicamente personas domiciliadas en otro Estado Parte, el mismo se regular por el derecho interno de este último

argentino; y la remisión al derecho interno cuando se ejerce la autonomía de la voluntad.

Actividad práctica¹²²

El caso de ubica temporalmente antes de la vigencia del TM-CIV-40, y estando en vigencia el TM-CIV-89. Se trata de un causante con último domicilio en Uruguay y con bienes en Argentina. La sentencia del juez argentino aplica el derecho de Argentina.

Consignas:

- a.- *Ubique una fecha aproximada de acaecimiento de los hechos para que sean alcanzados en su aplicación el TM-CIV-89.*
- b.- *Qué razonamiento lleva a cabo el juez argentino para llegar a aplicar el derecho de Uruguay en su sentencia?*
- c.- *Haría usted alguna corrección a la jurisdicción?*

Las respuestas son las que aquí se dan:

a.- Los hechos se llevaron a cabo entre 1889 y antes de 1940.

b.- La fuente a la que hay que recurrir para resolver el caso es el TM-CIV-89, los artículos 44 y 45.

Por los artículos 44 y 45¹²³, la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento y todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria. La norma lleva a la aplicación del derecho argentino con jurisdicción argentina, artículo 66¹²⁴, aplicando el derecho interno argentino.

Sin embargo, otra forma de resolver es aplicando el derecho argentino en su integridad, comprendiendo el derecho internacional privado argentino. Así, se llega a la aplicación

¹²² La actividad práctica se halla inspirada en la sentencia del 4/V/1920 dictada en el caso "Larangeira" ("Gaceta del Foro", n° 1256, ce mayo de 1920, p. 107, y en "J.A.", t IV, ps. 253. citado por Feldstein y Goldschmidt a la que los autores citan como un caso de reenvío aún sin advertirlo los mismos jueces que la dieron en GOLDSCHMIDT Werner Derecho Internacional Privado Derecho de la Tolerancia Basado En La Teoría Trialista del Mundo Jurídico Séptima Depalma Buenos Aires 1990 y en CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Análisis doctrinal y jurisprudencia dirigido por Alberto Bueres Buenos Aires, Hamurabi 2017.

¹²³ TM-CIV-89, artículo 44: La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, al tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate, rige la forma del testamento. Esto no obstante, el testamento otorgado por acto público con cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás. Artículo 45: La misma ley de la situación rige: a) La capacidad de la persona para testar; b) La del heredero o legatario para suceder; c) La validez y efectos del testamento; d) Los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) La existencia y proporción de las legítimas; f) La existencia y monto de los bienes reservables; g) En suma, todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

¹²⁴ TM-CIV-89, artículo 66: Los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios

del artículo 3283CC¹²⁵ -vigente al momento de los hechos- por el que el derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros, resultando aplicable el derecho interno de Uruguay.

c.- En cuanto a la jurisdicción, la respuesta está en el artículo 66¹²⁶, al que remitimos para su lectura a fin que pueda hallar la respuesta al mismo.

Y si los hechos se dieran en 2016?

a- La fuente es el TM-CIV-40

b- Los artículos 44 y 45 TM-CIV-40 establecen que la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, a tiempo de la muerte de la persona de cuya sucesión se trate rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria.

Aquí se pueden dar dos situaciones, una de ellas es que el juez aplique el derecho interno argentino, la otra posibilidad es que el juez aplique derecho internacional privado argentino, es aquí que aparece en escena el artículo 2644 del CCyC¹²⁷ por el que el derecho aplicable a la sucesión es la del derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento en este caso Uruguay, salvo que se trate de bienes inmuebles sitios en Argentina a los que se debe aplicar derecho argentino. Si aplica derecho internacional privado argentino, estamos ante un caso de reenvío por el que se aplica el derecho de Uruguay.

¹²⁵ CC, artículo 3283: El derecho de sucesión al patrimonio del difunto, es regido por el derecho local del domicilio que el difunto tenía a su muerte, sean los sucesores nacionales o extranjeros.

¹²⁶ TM-CIV-89, artículo 66: Los juicios a que dé lugar la sucesión por causa de muerte se seguirán ante los jueces de los lugares en que se hallen situados los bienes hereditarios.

¹²⁷ CCyC, artículo 2644: Derecho aplicable. La sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento. Respecto de los bienes inmuebles situados en el país, se aplica el derecho argentino. CCyC, artículo 2645: Forma. El testamento otorgado en el extranjero es válido en la República según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento, por la ley del domicilio, de la residencia habitual, o de la nacionalidad del testador al momento de testar o por las formas legales argentinas.

VII.- FRAUDE

Si a quien se enfrenta por primera vez al fraude a la ley como instituto del Derecho Internacional Privado no se le hacen las distinciones necesarias podría tener como primera idea que el mismo es el que se halla comprendido en el derecho privado aunque con una aplicación específica. Es claro que tiene la misma raíz pero se aleja bastante de aquel. La situación de fraude a la ley es aquella que con la intención de evadir la ley aplicable a una determinada relación jurídica internacional de la que es parte se traslada a otro país con la finalidad de cambiar el punto de conexión. Se trata de actos lícitos en su individualidad pero que tienen una finalidad, la de evadir la aplicación de la ley que debe serle aplicada.

En cuanto al fraude corresponde distinguir diversas interpretaciones; una entendiéndolo al mismo como el efectivo cumplimiento de los requisitos para que se lo tenga por configurado, y otra como corrección una vez que se han cumplido los hechos que lo configuran, el fraude a la ley como corrección es la aplicación de la ley que se pretende evadir.

Los requisitos para que se tenga por configurado el fraude a la ley son de carácter subjetivo y objetivo. El requisito subjetivo es la intención del sujeto de no ser alcanzado por la norma que regula derechos no disponibles y el requisito objetivo es el cumplimiento por parte del sujeto de los hechos necesarios para no ser alcanzado por la normas. Estos hechos, analizados individualmente no son de naturaleza ilícita, pero la repetición de los mismos advierte a quien tiene a cargo la interpretación de los hechos que hay una intencionalidad ilícita.

Goldschmidt¹²⁸ explica con estas palabras: el fraude no se identifica con el hecho psíquico de la intención fraudulenta, sino con la conducta exterior indiciaria de aquélla. Y los indicios más importantes de la intención fraudulenta son la expansión espacial y la contracción temporal.

Un antecedente de fraude a la ley es el de la condesa de Caraman-Chimay quien se había casado con el Príncipe de Beaufremont. En 1874, la esposa obtiene la separación de cuerpos y se dirige a Alemania -Principado de Sajonia-Altenburgo-, donde logra la naturalización y el divorcio vincular, para contraer nuevas nupcias en Berlín con el Príncipe Bibesco, de origen rumano, con quien regresa a Francia. Su primer marido solicita ante los tribunales franceses la anulación de la naturalización; el divorcio vincular, y el segundo matrimonio. Dictada la sentencia el 18 de marzo de 1878, la Corte de Casación francesa rechaza el primer pedido formulado por considerarlo una cuestión reservada a la soberanía de los Estados, manteniendo entonces la nacionalidad alemana adquirida, pero hace lugar a las dos últimas peticiones formuladas fundándose en la intención de la condesa de burlar la ley francesa, es decir, ante la existencia de fraude a la ley¹²⁹. En este caso, la sentencia al declarar la nulidad del divorcio vincular y del segundo matrimonio está aplicando la norma que se intentó evadir, la cual no permitía el divorcio vincular y el segundo matrimonio.

Lo recientemente expresado, nos remite a la diferenciación entre el fraude a la ley y la nulidad. En primer término, la nulidad es un instituto de derecho interno y no un institu-

¹²⁸ GOLDSCHMIDT ob.cit.

¹²⁹ BIOCCA- CÁRDENAS - BASZ ob.cit.

to del derecho internacional privado. En la nulidad no se requiere ineludiblemente intencionalidad; sí, puede haber casos de nulidad en caso de dolo.

Antes de la sanción del CCyC en autos Mandl, Federico s. sucesión. 2º instancia CNCiv., sala C, 03/03/81, Mandl, Federico A. M. s. sucesión (sentencia confirmada por la Corte Suprema) se reconoció el fraude a la ley. Se resuelve declarar la competencia del juez argentino y que la sucesión debe regirse por nuestro derecho sucesorio.

Se extrae del fallo:

a.- El tribunal se consideró facultado para examinar las cuestiones vinculadas con la imperatividad de las normas de la República. En la causa se había invocado la teoría sobre el fraude a la ley extranjera.

b.- La cita a Niboyet en el sentido de que la noción del fraude a la ley en derecho internacional privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley. Cuando se utiliza el tipo legal en forma fraudulenta, la respuesta legal carece de validez, pues se intenta obtener de mala fe un resultado que no corresponde.

c.- En la causa reconocen ambas partes, que en marzo de 1977 el causante cayó gravemente enfermo y fue internado en el Sanatorio de la Pequeña Compañía habiéndose diagnosticado un mieloma múltiple, aunque discrepan los interesados acerca del motivo que originó el traslado del causante a Austria. La constancia de pasaporte argentino que indica que su domicilio se hallaba en esta República y que se dirigía a una residencia temporaria en Austria, contrasta con la actitud asumida con posterioridad al momento en que cayó gravemente enfermo aquí en Buenos Aires en marzo de 1977 y se trasladó a Austria, intentando cambiar de domicilio y de nacionalidad.

d.- Aun cuando fuera admitido que el causante pasaba largas temporadas en las distintas residencias que poseía en varios países y que en ellas hubiera tenido muebles, ropa y servicios listos para utilizar cuando residía temporariamente en las mismas, lo bien provisto que se encontraba el departamento de Avda. del Libertador de esta capital, no sólo en cuanto al mobiliario, sino especialmente la cantidad de ropa que se menciona en el inventario realizado el 15 de diciembre de 1977 en estas actuaciones, permite considerar que hasta que se enfermó, pocos meses antes de morir, ése era el asiento principal de su residencia, característica que define el domicilio real de las personas (art. 89, Código Civil).

e.- La gravedad del estado de salud y la particular situación familiar del causante, en especial lo expresado en el testamento, hacen presumir su propósito de eludir las normas imperativas de la República mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio intentados poco tiempo antes de su muerte.

f.- A juicio del tribunal las constancias examinadas permiten concluir que el causante pretendía conseguir mediante el cambio de nacionalidad y de domicilio, colocarse bajo un régimen jurídico sucesorio más ventajoso para determinadas personas en perjuicio de otras, con lo cual procuraba también privar de imperatividad a las leyes de la Nación.

g.- La utilización voluntaria de los puntos de conexión de la norma indirecta con la intención de aludir la aplicación de las normas imperativas de la República, priva de efectos al cambio de nacionalidad y de domicilio intentados, por lo que debe considerarse como último domicilio del causante al ubicado en esta Capital Federal, que ya fuera declarado por el juez de este proceso, con lo cual adquieren en el caso plena vigencia las normas contempladas por los arts. 3283 y 3284 del Código Civil, y en consecuencia la sucesión debe tramitar por ante el juez de esta jurisdicción y regirse por nuestro derecho sucesorio.

El Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial en el artículo 2598 recepta el Fraude a ley en estos términos: *Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto.*

El fraude a la ley es aplicable en los casos de derechos no disponibles, por lo que no se configura el fraude cuando se trata de materias disponibles.

Rodriguez¹³⁰ indica que aunque la solución no surge expresa, se desprende la sanción impuesta, ya que conduce a la aplicación del derecho que las partes intentaron evadir, diferenciándolo así, del orden público internacional que conduce a la aplicación del derecho local.

Entiendo que no debe dejar de citarse al artículo 2622 del CCyC sobre el matrimonio. Por dicha norma se determina que la capacidad de los contrayentes se rija por el derecho del lugar de celebración “aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen”. La expresión que es prácticamente igual que la que se hallaba en el Código de Velez, trae consigo una referencia al instituto del fraude, concretamente lo que se extrae del texto de la norma que el hecho que cita no dará lugar a la configuración de un fraude a la ley. Feldstein¹³¹ en el comentario al artículo 2622¹³² expresa que no podemos ignorar que la norma reproduce su oposición al fraude en expectativa, dice que coincide con Kaller de Orchansky en cuanto el fraude es consentido solo respecto a los impedimentos de orden público interno omsea los incisos f y g del artículo 403 CCyC¹³³.

¹³⁰ RODRIGUEZ, Mónica Sofía, ob.cit.

¹³¹ CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Análisis doctrinal y jurisprudencia dirigido por Alberto Bueres Buenos Aires, Hamurabi 2017.

¹³² CCyC, artículo 2622: Derecho aplicable. La capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, se rigen por el derecho del lugar de la celebración, aunque los contrayentes hayan dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen. No se reconoce ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, incisos a), b), c), d) y e). El derecho del lugar de celebración rige la prueba de la existencia del matrimonio.

¹³³ CCyC, artículo 403: Requisitos del matrimonio. Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los

En el ámbito regional, la Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado contempla el fraude cuando en su artículo 6 establece: No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificioamente 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 interesadas¹³⁴, no habiendo referencias al fraude a la ley en los Tratados de Derecho Civil de Montevideo de 1889 y de 1940.

cónyuges; f) tener menos de dieciocho años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

¹³⁴ Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 6: No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificioamente 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.

VIII.- LA NORMA INTERNACIONALMENTE IMPERATIVA

Surge de lo que explica Boggiano¹³⁵, que la norma internacionalmente imperativa, -a la que él llamaba antes de la sanción del Código Civil y Comercial norma de policía- somete al derecho material propio el caso internacional. Entre los casos que cita esre autor, se halla el del artículo 604 de la ley 20.094¹³⁶, por dicha norma, deben ser aplicadas las disposiciones de la ley misma en cuanto regulan la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje. Cita también el artículo 124 de la ley 19550¹³⁷ por el que la sociedad constituida en el extranjero con sede o su principal objeto en la República será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

Feldstein¹³⁸, refiere que las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata o de aplicación necesaria o también denominadas leyes de policía, son una categoría de normas de una naturaleza especial, fundadas en motivos políticos, económicos, morales, que encuentran su raíz en la célebre clasificación de las normas que formula Savigny, en las que aparecen unas que denomina las leyes rigurosamente obligatorias. Indica que cuando se trata de las normas internacionalmente imperativas de terceros Estados, se suelen imponer requisitos más severos; ello son: que la norma internacionalmente imperativa debe indicar clara y expresamente, su aplicación a casos internacionales y claramente aplicable al caso en cuestión; que la situación, el conjunto de datos fácticos y jurídicos en los que la relación jurídica se enmarca debe presentar un vínculo estrecho con el país cuya legislación pertenece la norma internacionalmente imperativa y por último que estas normas son de aplicación facultativa

La diferencia entre el orden público internacional y la norma internacionalmente imperativa es que cuando debe ponerse en acción la defensa del orden público internacional es porque hay un derecho extranjero que debería ser aplicado -por ordenarlo así una norma indirecta- pero que su ese derecho extranjero agrede al espíritu de nuestra legislación no será aplicable. Por su parte, la norma internacionalmente imperativa es una norma que no indica la aplicación del derecho extranjero, sino que indica la aplicación del derecho propio. El mismo nombre de estas normas nos indica su esencia, son imperativas o sea no puede ser dejada de lado por los particulares y es internacional lo que indica es que regula una situación jurídica internacional.

¹³⁵ BOGGIANO, Antonio Derecho Internacional Privado y Derechos Humanos AbeledoPerrot S.A. Buenos Aires, 2015

¹³⁶ Ley 20094, artículo 604: Las disposiciones de esta ley que regulan la responsabilidad del transportador con respecto al pasajero y a su equipaje, se aplican a todo contrato de transporte de personas por agua celebrado en la República o cuyo cumplimiento se inicie o termine en puerto argentino, sea el buque nacional o extranjero, o cuando sean competentes para entender en la causa los tribunales de la República.

¹³⁷ Ley 19550, artículo 124: La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento.

¹³⁸ FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara ob. bit.

Klor¹³⁹, cuando aborda la norma internacionalmente imperativa, dice -en síntesis- que la misma responde a una postura eminentemente territorial, teniendo como fundamento los valores esenciales que no se permiten la aplicación del Derecho extranjero. En los casos comprendidos por la norma imperativa debe descartarse la aplicación del Derecho extranjero señalado por la norma de conflicto o por la voluntad de las partes. El ejemplo que cita y califica como clásico es el del artículo 10 del Código Civil que establecía que Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país. Ese criterio se encuentra contenido en el artículo 2667 CCyC cuando establece que Los derechos reales sobre inmuebles se rigen por la ley del lugar de su situación.

El Código Civil y Comercial, en su artículo 2599 regula su aplicación. Esta resulta una novedad normativa en nuestro derecho, ya que en el Código Civil no había referencia a ellas, tampoco a nivel convencional, ya que los Tratados de Derecho Civil de Montevideo, de 1889 y 1940 tampoco las contempla.

El artículo 2599 CCyC¹⁴⁰ prevé tres situaciones:

- a.- Que ante la existencia de una norma internacionalmente imperativa, la misma será de aplicación por sobre la autonomía de las partes y por sobre lo que decida la norma indirecta.
- b.- Que cuando corresponde aplicar el derecho extranjero se aplican también las normas internacionalmente imperativas del ordenamiento jurídico extranjero.
- c.- Que, habiendo intereses legítimos que lo exijan pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados, en tanto presenten vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso

¹³⁹ DREYZIN de KLOR, Adriana EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ACTUAL TOMO 1 Buenos Aires, Zavalía, 2015

¹⁴⁰ CCyC, artículo 2599: Normas internacionalmente imperativas. 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

IX.- EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Federico Carlos Savigny escribió sobre derecho internacional privado en uno de los capítulos de su obra en la que generaliza sobre la aplicación del derecho romano en la forma en que se aplicaba en Prusia. Aborda la idea de orden público internacional aunque sin mencionarlo de ese modo, por el que se excluye la aplicación del derecho extranjero.

Vico¹⁴¹, indica que la razón jurídica de la aplicación internacional del derecho, en Savigny, es la comunidad de los Estados que es la que proporciona el fundamento extraterritorial de la ley extranjera. Esta comunidad hace posible la existencia de una vida jurídica internacional que en las relaciones de derecho privado exige cierta concordancia de principios básicos contenidas en todas las legislaciones que la conforman. La armonía de la convivencia internacional se logra por la existencia de un común denominador entre los ordenamientos jurídicos pertenecientes a los distintos Estados componentes de esa comunidad. Se trata de una comunidad de hecho y no una entidad legislativa.

En el análisis que lleva a cabo Savigny, en lo que hace a la aplicación de las leyes, restringe esa aplicación cuando se presenta una situación de excepción, Surge de lo que expresan Biocca- Cárdenas - Basz¹⁴² que los dos supuestos que el mismo Savigny califica como excepcionales a la aplicación de las leyes más allá de las fronteras de los Estados en los que las mismas tienen vigencia son, la norma rigurosamente obligatoria y la institución desconocida.

A diferencia de lo que sucede con la norma internacionalmente imperativa, la defensa de orden público internacional aparece en escena cuando el derecho aplicable según la norma indirecta conculca con los valores que se hallan comprendidos en nuestro ordenamiento jurídico.

Una visión dualista del orden público es la de clasificarlo en orden público interno y orden público internacional. El primero alude a la imposibilidad que surge de las normas locales de ejercer la autonomía de la voluntad. En tanto que el orden público internacional refiere al “freno” en la aplicación del derecho extranjero por los motivos antes aludidos.

Las leyes de orden público internacional son imperativas y territoriales, y para decidir si una ley tiene tal carácter en un momento determinado es necesario tener en cuenta las fluctuaciones de la opinión general y de la judicial de cada Estado¹⁴³.

El orden público internacional es de carácter excepcional y mutable. El mismo resulta ser una defensa, un muro que impide la aplicación del derecho extranjero indicado por la norma d Derecho Internacional Privado. Dicho muro se hace patente cuando el derecho extranjero que debe ser aplicado contradice el espíritu del derecho del Estado. El Orden público internacional es mutable, porque el espíritu del derecho lo es.

¹⁴¹ Vico, Carlos, Curso de Derecho Internacional Privado, Tomo Primero, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1934

¹⁴² BIOCCA- CÁRDENAS - BASZ ob.cit.

¹⁴³ BIOCCA- CÁRDENAS - BASZ ob.cit.

El artículo 2600 Código Civil y Comercial refiere al mismo cuando establece que 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.

En los Protocolos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 lo prevén con idéntico texto, ambos en sus artículo 4¹⁴⁴. La Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, alude al mismo el artículo 5¹⁴⁵. La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, artículo 7¹⁴⁶

El orden público internacional es mutable. En relación a la mutabilidad del orden público, es factible citar el caso “Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSES s/ pensiones”¹⁴⁷ en donde se dispuso que no resulta razonable pensar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico pueda tener interés alguno en desconocerle validez a un matrimonio celebrado en el año 1972 en Uruguay en el que la esposa, al momento de contraerlo, se hallaba divorciada sin tener aptitud nupcial.

Resumen del voto de CARMEN M. ARGIBAY

a.- La señora Zapata solicitó a la ANSES el beneficio de pensión derivado de la muerte del señor Niding con quien había contraído matrimonio en el año 1972 en el Uruguay. Al momento de contraer matrimonio con Niding Zapata se hallaba divorciada de Juan Antonio Basile en virtud del artículo 67 bis de la ley de Matrimonio Civil por culpa exclusiva de su esposo.

El organismo previsional rechazó el pedido sosteniendo que el matrimonio en el extranjero carecía de validez en la Argentina, pues se había celebrado sin que la interesada tuviese aptitud nupcial. En consecuencia, definió al vínculo entre la actora y el titular de la jubilación como un concubinato y afirmó que no correspondía la procedencia del beneficio pues no cumplía con el requisito de la convivencia pública por el término de cinco años o dos si hubiera descendencia, dado que cuando Niding falleció se encontraban separados.

b.- La actora inició acción judicial argumentando su condición de viuda, y que la separación no afectaba el derecho a pensión, ya que había sido por culpa exclusiva del causante. Relató que la ruptura de la unión de 17 años de la que nacieron dos hijos, se produjo por una situación de peligro material y moral provocada por el esposo que terminó con una sentencia que ordenaba su exclusión del hogar.

¹⁴⁴ Protocolo a TM-89 y TM-40, artículo 4: 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.

¹⁴⁵ Convención sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, artículo 5: La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifiestamente contraria a los principios de su orden público.

¹⁴⁶ Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, artículo 7 La ley declarada aplicable por esta Convención podrá no ser aplicada en el territorio del Estado que la considere manifiestamente contraria a su orden público.

¹⁴⁷ "Zapata, Lucrecia Isolina c/ ANSeS s/ pensiones" - Z. 153. XXXVIII R.O - RDLY SS 2005-18-1481 CSJN - 16/08/2005.

c.- La Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social confirmó la decisión que rechazó la demanda. El tribunal, al igual que el organismo previsional, entendió que entre las partes existió una convivencia y que la peticionaria no había cumplido con el lapso de unión exigido en el cuarto párrafo del artículo 53 inciso e de la ley 24.241, pues el jubilado había fallecido solo en un hogar geriátrico de la Provincia de Misiones.-

d.- Contra la decisión de la Sala II de la Cámara Federal de la Seguridad Social, la interesada interpuso el recurso ordinario de apelación, que fue concedido.-

La actora esgrime que el a quo debió haber valorado que la separación del titular de la jubilación obedeció a la necesidad de evitar la destrucción física y psicológica del grupo familiar, lo que fue reconocido en la sentencia judicial del incidente de exclusión del hogar que debió iniciar.

e.- Las consideraciones de Carmen Argibay:

-De la lectura de los expedientes administrativos y de las actuaciones judiciales surge que la señora Zapata reclamó la pensión derivada del fallecimiento del titular en su condición de cónyuge. El hecho de que a lo largo del pleito se haya referido a un concubinato, obedeció a que en definitiva e independientemente de su planteo inicial, ese fue el marco jurídico dado por el organismo previsional y los magistrados intervinientes.

-El organismo administrativo no tenía facultades para negar el carácter de viuda de la actora con sustento en que el matrimonio con el causante era nulo por haber mediado impedimento de ligamen, pues a partir del dictado del artículo 239 del Código Civil, según texto de la ley 23.515, la nulidad no puede ser declarada de oficio sino que debe entablarse la acción pertinente por los legitimados expresamente por la ley, caso que no es el suyo.

-En el punto en discusión, son de aplicación el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y el Protocolo Adicional. La primera de estas disposiciones determina que la validez del matrimonio está sujeta a la ley del lugar de celebración y los estados signatarios pueden no reconocer el matrimonio celebrado en uno de ellos cuando tuviera algún vicio de los allí enumerados, entre ellos, el matrimonio anterior no disuelto (artículo 13, inciso e). Por su parte, el protocolo dispone en el artículo 4º que las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

Es decir, que se ha dejado librado al orden público del Estado requerido la decisión sobre la reacción que más convenga al espíritu de su legislación.

Dada la evolución legislativa reseñada y teniendo en cuenta que durante más de treinta años se constituyeron muchísimas familias a partir de casamientos en el extranjero, como el de la señora Zapata, no resulta razonable pensar que actualmente nuestro ordenamiento jurídico pueda tener interés alguno en desconocerle validez, máxime si se repara en que la ley 23.515 admitió la disolución del vínculo no sólo para el futuro sino también para las sentencias de separación pasadas en autoridad de cosa juzgada, extranjeras y nacionales, al permitir su transformación en sentencias de divorcio.

-Y siendo que la actora ha demostrado que al momento de la muerte del titular de la jubilación estaban separados de hecho sin que tal situación le fuese imputable, dada la existencia de una sentencia judicial que dispuso la exclusión del hogar del causante por su comportamiento violento, resulta procedente la demanda tendiente a obtener el beneficio de pensión derivado de la jubilación de aquél.

Una aproximación a los problemas que puede presentar la inteligencia artificial

Lo expresado en cuanto a la mutabilidad del orden público nos hace pensar en un desafío que se presenta en la actualidad. En **una aproximación a los problemas que puede presentar la inteligencia artificial** y ante la posible emulación de la decisión del juez mediante decisiones generadas por la IA, podría darse el supuesto en el que se tomen decisiones en un proceso internacional en donde la aplicación de la ley extranjera viole el espíritu de nuestra legislación reaccionando así en la decisión contra el derecho extranjero. Qué certeza puede existir que la decisión, tomada dentro de los límites fijados para el autoaprendizaje de la IA sea “capaz” de captar los cambios en el espíritu de la legislación. Podría ser que la misma IA, provoque un estancamiento del derecho, y con ello el espíritu del mismo.

X.- CALIFICACIONES

Surge de lo que expresan Biocca- Cárdenas - Basz¹⁴⁸ que el problema de las calificaciones puede alcanzar cualquier aspecto de la norma indirecta, pudiendo vincularse con el tipo legal o con los puntos de conexión.

Es en lo concerniente a las calificaciones cuando puede presentarse la siguiente pregunta: dada la norma que prevé que la capacidad de las personas humanas se rigen por la ley del lugar de su domicilio, ¿por cuál ley vamos a poder entender qué es lo que se considera domicilio?

La doctrina cita el caso del testamento ológrafo de un holandés, quien otorga testamento ológrafo en Francia. En el caso, el derecho de Holanda dispone que un holandés no puede otorgar testamento ológrafo ni en Holanda ni en el extranjero, debiendo hacerlo por acto auténtico según las formas del lugar en el cual el mismo es realizado. La cuestión que se plantea es la siguiente: la disposición pertenece al régimen de la capacidad o al régimen de la forma? si la olografía es un problema de forma el testamento es válido, pero si se tratara de un problema de capacidad el testamento es nulo, ya que Holanda prohíbe a los holandeses otorgar testamento ológrafo dentro y fuera de Holanda. Francia califica la olografía como un problema de forma; Holanda lo califica como un problema de capacidad.

Surge de lo que expresa Soto¹⁴⁹ en cuanto a las propuestas de solución al problema de las calificaciones que la calificación puede ser directa o indirecta. Es directa en los casos de uniformidad legislativa, pudiendo citarse también el Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940 en el que si bien la mayoría de sus normas son indirectas califica al domicilio mediante una norma directa en el artículo 5¹⁵⁰. También se halla la calificación directa en el Protocolo de Santa María CMC/ DEC N°10/96, sobre Jurisdicción en materia de relaciones de consumo, artículo 3¹⁵¹ y –entre otras- la Resolución N° 131/34 del Grupo del Mercado Común que califica al turista¹⁵². Se agrega como un caso de calificación directa cuando las partes asignan un significado en particular. Indi-

¹⁴⁸ BIOCCA- CÁRDENAS - BASZ ob.cit.

¹⁴⁹ SOTO, Alfredo Mario ob.cit.

¹⁵⁰ TM-CIV-40, artículo 5: En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran: 1°) La residencia habitual en un lugar, con ánimo de permanecer en él. 2°) A falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva. 3°) El lugar del centro principal de sus negocios. 4°) En ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.

¹⁵¹ Protocolo de Santa María CMC/ DEC N°10/96, sobre Jurisdicción en materia de relaciones de consumo, artículo 3: Calificación de domicilio. A los fines del presente Protocolo se considerará domicilio: 1. Cuando se trate de persona física, en el siguiente orden: a) la residencia habitual; b) el centro principal de sus negocios; 2. Cuando se trate de persona jurídica o de un ente despersonalizado, en el siguiente orden: a) la sede principal de la administración; b) el lugar donde funcionen filiales, sucursales, establecimientos, agencias o cualquier otra especie de representación de personas jurídicas

¹⁵² Resolución N° 131/34 del Grupo del Mercado Común Circulación de vehículos particulares de turistas, artículo 2: definiciones. A los efectos de esta norma se entenderá por:... b) Turista: toda persona que ingrese en el territorio de un Estado Parte distinto de aquel en que tiene su residencia habitual, y permanezca en él sin exceder el plazo máximo que establezca la legislación migratoria del Estado Parte.

ca el autor citado, que en cuanto a las calificaciones indirectas, las más usadas pueden ser: la calificación de acuerdo a la *lex fori* y la calificación de acuerdo a la *lex causae*.

En torno a las calificaciones indirectas según teoría de la *lex fori*, la calificación será hecha según la ley de fondo del juez fundamentándose esta propuesta en la coherencia necesaria entre la norma de derecho internacional privado del juez y la norma de fondo que va a indicar el significado de algunos de los términos de la norma de Derecho Internacional Privado.

Según la teoría de la *lex causae*, la calificación se hará según la ley que rige la relación jurídica. La crítica que recibe esta teoría es que se terminaría en un círculo vicioso, dado que primero debe calificarse a la relación jurídica para determinar la ley competente. ORCHANSKY¹⁵³ dice que a la objeción de círculo vicioso, los sostenedores de la *lex causae* responden que el defecto proviene de la particular estructura de la norma indirecta que dispone por ejemplo “los efectos patrimoniales del matrimonio se rigen por la ley del primer domicilio matrimonial” la determinación de lo que debe entenderse por efectos patrimoniales del matrimonio corresponde a la ley del primer domicilio matrimonial. El punto de conexión “primer domicilio matrimonial” debe calificarse de acuerdo a la *lex fori* y la norma indirecta debe entenderse redactada en los siguientes términos: “Si dos personas se casan, el tribunal tiene que aplicar todas las leyes que rigen en el primer domicilio matrimonial y que conforme al derecho que allí impera regula los efectos del matrimonio sobre los bienes de los esposos.”

En el caso SCBA, 23/12/20, A. G., L. I. c. R. M., G. H. s. restitución de menores¹⁵⁴ se abordó el tema de las calificaciones, se transcribe la parte pertinente del fallo.

El Juzgado de Familia n° 2 de la localidad de Quilmes hizo lugar a la restitución internacional de las niñas, ordenando el libramiento de la documentación pertinente (v. fs. 168/172 vta.).

III. Apelado dicho fallo por el accionado, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Quilmes lo confirmó (v. fs. 232/241).

El padre insiste en que la residencia habitual de las niñas al año 2016 debía ubicarse en la República Argentina y no en España, considerando que había sido en este país donde habían transcurrido la mayor parte de sus vidas. Para ello, reitera que si bien la pareja se había trasladado a España en el año 2006 (donde naciera A., el 5 de junio), habían regresado definitivamente al país en 2009 (naciendo N. el 14 de enero de 2010). Y si bien en abril de 2014 la familia completa se había vuelto a trasladar a España, ello había sido solo temporariamente (hasta julio de 2016, v. fs. 289 vta. y 290).

En la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores La Haya 1980 el término “residencia habitual” es utilizado como punto de conexión para determinar el derecho que resuelve si se ha infringido la custodia, presupuesto que resulta necesario para configurar la ilicitud del traslado o retención. Sin embargo, la convención se ha abstenido de definir lo que debe entenderse por residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención. Se ha sostenido -entonces- que

¹⁵³ KALLER DE ORCHANSKY, Berta Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado, Plus Ultra Buenos Aires 1997

¹⁵⁴ Publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 30/03/21.

para asignarle significado a dicho término convencional el juez requerido debe primeiramente acudir a las definiciones o calificaciones de su *lex fori* (conf. Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Cuarta edición actualizada, T. I, pág. 480 y sigs., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000; e.o.).

En este sentido, considerando que la sustracción de las niñas habría tenido lugar el último día del mes de julio de 2016, en ocasión de trasladarse a este país directamente desde Eurodisney junto con su padre, absteniéndose de regresar a España, el Código Civil y Comercial -aplicable al caso, en tanto vigente al momento del hecho reputado ilícito, conforme doctrina art. 7- establece que toda persona humana posee su residencia habitual en el Estado en el que vive y establece vínculos durables por un tiempo prolongado (conf. art. 2.613).

Mediante esta redacción se acepta que la residencia habitual se presenta como una noción de hecho que, diferenciándose de los conceptos jurídicos de domicilio, simple residencia o habitación, conforma un término sociológico flexible que tiene en cuenta el lugar donde -en este caso- el menor posee efectivamente su centro de gravedad, su ubicación en el espacio como una situación de hecho que supone un apreciable grado de estabilidad y proyección de permanencia (conf. CSJN, *in re* “W. c/ O.”, Fallos: 318:1269; e.o.). Así, la residencia habitual del menor comulga con su centro de vida, ejerciendo -ambos conceptos- una suerte de mutua retroalimentación semántica, tal como lo disponen la ley 20.061 y su decreto reglamentario 415/06.

XI.- LA CUESTIÓN PREVIA

El problema de la "cuestión previa", es cuando en una relación jurídica internacional se presentan cuestiones enlazadas en donde se requiere resolver primero una y luego la otra. No se trata de una cuestión solamente procesal, ya que el inconveniente es a qué ley debe recurrirse para resolverlas. La cuestión previa o preliminar se resuelve por la ley de la cuestión principal? Cada una de las cuestiones se rige por su propia ley? Puede resolverse la cuestión principal por la ley de la cuestión preliminar?

El caso que puede citarse es el de la vocación hereditaria del cónyuge cuando se halla en duda la validez del matrimonio.

La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, contempla la cuestión previa cuando en su artículo 8 dispone que "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"

SOTO¹⁵⁵ explica que en torno a la cuestión previa están las teorías de la equivalencia y las jerárquicas. Las de la equivalencia o equiparación proponen aplicar a cada cuestión su derecho; en tanto que las teorías de la jerarquización se hallan a su vez las teorías ideales o lógicas y las teorías reales o procesales. En la jerarquización ideal la cuestión previa es condicionante, será de aplicación este derecho a la cuestión principal y en la jerarquización real se aplica a la cuestión previa (o condicionante), el mismo derecho que se aplica a la cuestión principal (o condicionada).

Más allá de las diferentes propuestas de solución y la manera en que algunos autores aluden a unas y otras, lo que cabe tener en consideración es la relevancia del problema y la carencia de normas en el Código Civil y Comercial.

En torno a la cuestión previa la doctrina cita el caso "Grimaldi, Miguel, s. sucesión" del 22 de diciembre de 1948. Se trata de un causante de nacionalidad italiana, con último domicilio en Italia y lugar de fallecimiento en el mismo país con un bien inmueble en Argentina y una cuenta corriente también en Argentina. Grimaldi había adoptado a Concepción Grimaldi en Italia, siendo ella de nacionalidad italiana y con domicilio en Italia.

El Consejo Nacional de Educación de Argentina reclama los bienes, el juez de primera instancia declara nula la adopción por no ser admitida en ese tiempo en nuestro ordenamiento jurídico. La Cámara aplica a la adopción el derecho italiano, la considera válida y compatible con el orden público argentino, somete la sucesión del inmueble sito en Argentina al Derecho argentino, negando vocación sucesoria a la hija adoptiva pero aplica a la cuenta corriente el derecho italiano pudiendo la hija adoptiva tiene derecho a heredarla.

De la crítica que hace Goldschmidt¹⁵⁶ al fallo Grimaldi, se extrae:

¹⁵⁵ SOTO, Alfredo Mario ob.cit.

¹⁵⁶ GOLDSCHMIDT ob.cit.

a.- En la sentencia de primera instancia, aunque bajo el rótulo del orden público, se aplica a la cuestión previa de la adopción el mismo Derecho Privado que rige la cuestión principal, que es el derecho de la sucesión.

b.- La Cámara de apelaciones, en cuanto a la sucesión en el inmueble argentino, distingue entre la validez de la adopción, que es la cuestión previa, aplicando el derecho italiano, en tanto a la vocación sucesoria de la hija adoptiva, aplica el derecho argentino.

c.- Afirma Goldschmidt que aplicar a la validez de un negocio jurídico una ley, y a sus efectos otra, es contradictorio, si esta última ley le niega todo efecto por reputarlo nulo, -en realidad, aplica sólo la segunda ley también a la validez del negocio-.

d.- En otras palabras, la Cámara aplica a la validez de la adopción como título hereditario del inmueble argentino, el derecho argentino.