



LAS DISPOSICIONES GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL
ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN:
COMENTARIOS SOBRE SU CONTINUIDAD, CONCISIÓN Y CONSENSO

Celia Lerman

1. Introducción

Los últimos artículos del Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación son una propuesta destacable en el área del derecho internacional privado. De sancionarse, el Título IV (arts. 2594 a 2671) sería el primer código de derecho internacional privado de fuente interna en Argentina.¹ A diferencia de otras jurisdicciones, nuestro ordenamiento no prevé un derecho internacional privado codificado.²

La falta de normas codificadas en este área ha tenido ventajas y desventajas. Por un lado, ha dificultado el estudio de la materia y su evolución como disciplina autónoma.³ Por otro lado, sin embargo, ha brindado un espacio único para desarrollar la espectacular doctrina y jurisprudencia con la que contamos hoy. La doctrina y jurisprudencia, apalancadas por los tratados internacionales, han alcanzado un punto de desarrollo maduro que hoy nos brindan principios uniformes para decidir estos casos.

La propuesta del Anteproyecto busca plasmar el desarrollo orgánico de la doctrina y jurisprudencia por primera vez en el texto de la ley. A diferencia de otras secciones del

¹ Argentina, sin embargo, ha adoptado normas codificadas de derecho internacional privado a través de tratados de nivel regional e internacional. Ha sido tradicionalmente un miembro codificador de numerosas normas de derecho internacional privado regional, entre ellas, los Tratados de Montevideo y las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado. Véase Diego P. Fernández Arroyo, *Derecho Internacional Privado interamericano- Evolución y perspectivas*, Rubinzal-Culzoni (2000), Diego P. Fernández Arroyo, *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Ed. Beramar (1994).

² Otros países incluyen Albania, Polonia, Portugal, Hungría, Austria, Turquía, Suiza, Italia, Venezuela, Eslovenia, Estonia, Bulgaria, Japón y Australia. Véase Magallón Elósegui, N., "La reforma del sistema de Derecho Internacional Privado en la República Argentina", 14 *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2007), p. 2.

³ Véase Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado - Derecho de la tolerancia*, Abeledo Perrot, 10ma edición (2009), p. 24; Sosa, G. L., "Las normas generales del Derecho Internacional Privado en el Proyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado en Argentina", *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina - Liber Amicorum Jürgen Samtleben*, Fundación de Cultura Universitaria (2002), p.192: "Consideramos que lo correcto es sancionar una ley general que regule integralmente toda la materia, pues el enfoque de abordar las cuestiones 'iusprivatistas' sólo desde las aristas del Derecho Civil y Comercial no satisface el anhelo de alcanzar una codificación integral [...] La verdadera autonomía [de la materia] se logrará cuando se regule totalmente el Derecho Internacional Privado en un único ordenamiento".

Anteproyecto, el Título IV no sólo busca modernizar la legislación, sino que además tiene un fin notablemente didáctico. Este Título -especialmente, su capítulo I- incorpora textualmente en la ley los mismos conceptos que actualmente llenan las páginas de los tratados y manuales del derecho internacional privado.

Analizando esta sección del Anteproyecto en perspectiva, alguien podría preguntarse, ¿qué sería mejor, codificar nuestro derecho internacional privado para darle mayor certeza y uniformidad, o continuar permitiendo su desarrollo orgánico? La pregunta recuerda a la diferencia entre el derecho común anglosajón y el derecho civil continental.⁴ Lo cierto es que existen varios motivos para codificar, algunos mejores que otros. Uno de ellos es que la tentación por codificar es muy grande, especialmente en el marco de un proyecto de reforma integral como lo es el Anteproyecto actual y tras varios intentos previos de codificación.⁵ Otro motivo es que, en una jurisdicción del derecho civil continental como la nuestra, una reforma prolija del Código Civil, que incorporara principios claros, sería útil para dar un marco legal más preciso en este área. También sería útil para potenciar el estudio del derecho internacional privado y la atención que la materia recibe.

Si optamos por la codificación, el nuevo texto debe recoger y complementar la extensa tradición doctrinaria y jurisprudencial de nuestro país en esta materia. De no hacerlo, corre el riesgo de contradecir el derecho anterior, generando sorpresas evitables tanto en las partes litigantes y en los jueces, y la costosa tarea de desarrollar nuevas líneas jurisprudenciales desde cero.

Con esto en mente, analizaré la propuesta del Anteproyecto. Para el análisis que sigue, me guiaré especialmente por siguientes principios que considero que el nuevo texto debería respetar:

(i) **Continuidad.** Tenemos un deber de brindar continuidad con el derecho anterior a la reforma, modificando sólo aquellas partes que merezcan ser mejoradas, y conservando aquellas otras que consideremos correctas. Hay una frase ilustrativa de la cultura

⁴ Sobre estas diferencias, véase Merryman, J. H., "Los códigos y la codificación", en *La tradición jurídica romano-canónica*, Ed. (22), p. 59 a 71.

⁵ Así los proyectos originalmente preparados por Werner Goldschmidt en "Codificación del Derecho Internacional Privado argentino. Reformas requeridas por la Constitución Nacional y reformas convenientes aconsejadas por la vida y la ciencia", *REDI* (1952); los comentarios de Sara Feldstein de Cárdenas en *Reformas al Código Civil - Derecho Internacional Privado*, Abeledo Perrot (1994) y el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Berta Kaller de Orchansky, Beatriz Pallarés y Amalia Uriondo de Martinoli (1998) (entregado conjuntamente con el Proyecto de Código Unificado Civil y Comercial el 18 de diciembre de 1998 por la Comisión Honoraria designada por Decreto 685/95, luego analizado por numerosos juristas en jornadas del año 2000). Para un recuento completo de dichos proyectos, véase Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, pp. 56-58.

anglosajona que recoge este punto: *if it is not broken, do not fix it* (si no está roto, no lo repares). Si una práctica funciona bien, no hay necesidad de modificarla; si lo hiciéramos, correríamos el riesgo de dejarla peor de lo que estaba. En esta línea, ya en uno de los primeros proyectos de codificación, Werner Goldschmidt sostuvo que no se debía "alterar sustancialmente lo conocido, para generar menor resistencia a la codificación."⁶ Al formular el Anteproyecto, entonces, debemos ser especialmente cuidadosos en guardar una línea de continuidad con la práctica del derecho internacional privado actual, brindando soluciones disruptivas sólo cuando esto pueda justificarse con sólidas razones.

(ii) **Concisión.** No es útil incorporar frases redundantes ni repetir conceptos que ya encontramos en otros cuerpos codificados. Si bien el objetivo didáctico de tales agregados puede ser valioso, al repetir conceptos corremos el riesgo de crear problemas interpretativos. Con ello, deberemos buscar un balance en el desarrollo de los textos de las normas. Para citar otro dicho, en materia de redacción de normas, *lo bueno, si breve, dos veces bueno.*

(iii) **Consenso.** Si hay principios que son controversiales, no deberíamos adoptarlos aquí; sino que sería preferible dejar que la jurisprudencia y doctrina se encarguen orgánicamente de ellos como lo hicieron hasta ahora. Aunque el Anteproyecto nos brinde una oportunidad única para definir problemas antiguos, convendría no hacerlo en aquellas áreas en las cuales aún no hubiera acuerdos generales en doctrina y jurisprudencia. Tal es el espíritu de la reforma, según lo confirman los fundamentos de la Comisión reformadora.⁷

En el presente trabajo, comenzaré el análisis con una reflexión previa acerca de si el nuevo Código Civil y Comercial es el cuerpo apropiado para acoger las normas de internacional privado. Después me concentraré solamente en analizar las normas del capítulo 1 (arts. 2594 a 2600), las disposiciones generales de derecho internacional privado, teniendo en cuenta que estas han recibido tradicionalmente poca atención en el derecho civil (al punto de que ello ha generado tensiones entre los "civilistas" y los "internacionalistas").⁸ El Anteproyecto nos brinda una oportunidad única para establecer normas de la materia que ayuden a usuarios del Código -jueces, letrados y estudiantes- y por ello merece un análisis minucioso del texto a codificarse.

⁶ Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, p.57.

⁷ Véanse los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 287, que indican que "A pesar de la evolución constante de esta rama del derecho [el derecho internacional privado], [...] se proponen soluciones que resultan familiares a la República Argentina, por *plasmarse consensos* alcanzados gracias a una fluida trama de convenciones internacionales aquí vigentes."

⁸ Así se quejaba Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, p. 24: "Los trabajos de civilistas y comercialistas pueden, por cierto, constituir una valiosa colaboración para los especialistas del DIPr, si aquéllos tuviesen en cuenta la Parte General de nuestra disciplina".

2. Reflexión previa: ¿Es el Código Civil y Comercial de la Nación el cuerpo indicado para las normas codificadas de Derecho Internacional Privado?

A la fecha, nuestras normas de derecho internacional privado están desperdigadas en varios tipos de legislación: en el derecho federal, el derecho provincial y el derecho de fondo. Por ejemplo, encontramos normas de jurisdicción internacional tanto en los Códigos Procesales provinciales como en el Código Civil y en tratados internacionales;⁹ normas de derecho aplicable en el Código Civil y en tratados internacionales;¹⁰ y normas de cooperación jurídica internacional en los Códigos Procesales provinciales y en tratados internacionales.¹¹ Son estos distintos tipos de normas los que conforman nuestro sistema de derecho internacional privado.

Las normas de derecho internacional privado son particulares porque tienen dos características que, en principio, pertenecen a distintas esferas de competencia:

(a) Las normas de derecho internacional privado son de naturaleza fundamentalmente *procesal*, puesto que sirven para instruir al juez cómo debe actuar en un caso con elementos internacionales. Estas normas definen si el juez es competente en el asunto (normas de jurisdicción internacional), qué derecho debe aplicarse al caso (normas de derecho aplicable) y cómo debe procederse para conocer el derecho extranjero, obtener pruebas, trabar medidas cautelares y ejecutar sentencias foráneas (normas de cooperación jurídica internacional).

(b) Las normas de derecho internacional privado son fundamentalmente *internacionales*, puesto que aplican principalmente a situaciones jurídicas que “toman elementos extranjeros, se expanden sobre el dominio de dos o más Estados, y se asientan en una jurisdicción internacionalmente competente”.¹²

Decimos que estas características pertenecen a distintas esferas de competencia, puesto que el derecho procesal está reservado a las provincias dentro de las facultades

⁹ Véanse, por ejemplo, el Art. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (sobre la prórroga de jurisdicción a favor de jueces extranjeros); los arts. 1215 y 1216 del Código Civil (sobre los jueces competentes en materia de contratos internacionales), y los tratados internacionales como el Tratado de Montevideo de 1940, cuyo arts. 56 y siguientes prevén la competencia de los jueces sobre diversos actos jurídicos.

¹⁰ Véanse, por ejemplo, los arts. 6 y 7 del Código Civil (sobre la ley que rige la capacidad, según el domicilio de las personas) y los tratados internacionales como el Tratado de Montevideo de 1940, cuyo art. 37 establece qué ley rige diversos aspectos en los contratos internacionales.

¹¹ Véanse, por ejemplo, los arts. 517 a 519 bis del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la CIDIP I y la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

¹² Pardo, Alberto J., *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Ábado, 1975, p. 9.

provinciales de *administración de justicia*;¹³ mientras que las normas internacionales, que rigen las relaciones con estados extranjeros, pertenecen a la esfera federal dentro de la competencia del Congreso Nacional.¹⁴

Con fundamento estas características, las normas de derecho internacional privado deberían ser de carácter federal, a fin de unificar el tratamiento de los casos internacionales entre las provincias. Lo contrario sería problemático, puesto que cada provincia tendría la libertad de interpretar estas normas de modo distinto. Sobre este punto, los fundamentos del Anteproyecto expresamente mencionan que las normas de jurisdicción internacional contenidas en el nuevo Código son normas federales, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación,¹⁵ pero no dicen nada respecto de las restantes.

Ahora bien, si estamos de acuerdo con este razonamiento, ¿por qué adoptar un código de derecho internacional privado en el Anteproyecto, dentro de un cuerpo de derecho fondo, como lo es el Código Civil? ¿No sería correcto hacerlo mediante una ley federal?

La preocupación no es meramente teórica, puesto que si adoptamos normas de fondo, serán los jueces provinciales los “últimos intérpretes” de estas normas (como lo son de los demás códigos), mientras que si nos decidimos por adoptar una norma federal, éstas podrán ser interpretada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y será este organismo el que defina su *última ratio*.

El esfuerzo del Anteproyecto de amalgamar la normativa de derecho internacional privado en un solo cuerpo legislativo es sin duda loable, y existen otros países que han incorporado normas procesales dentro de la normativa civil;¹⁶ sin embargo, para brindar una real coherencia a estas normas en nuestro sistema, tendría más sentido codificar estas normas a modo de ley federal, y no dentro del nuevo Código Civil de la Nación sin mayores aclaraciones.

¹³ Así se desprende de los arts. 5 y 121 de la Constitución Nacional. *Cfr.* Gelli, M. A., *Constitución de la Nación Argentina - Comentada y concordada*, 3a ed., La Ley (2006), p. 50.

¹⁴ Según lo establecido por los arts. 75 inc. 13 y 22, y 124 de la Constitución Nacional. Véase Gelli, M.A., *Constitución...*, p. 676-678, 707, 1023-1024.

¹⁵ Así se dice que las normas de jurisdicción internacional "son de naturaleza federal – tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - pues delimita el ámbito del ejercicio de la soberanía jurisdiccional del propio Estado frente a la jurisdicción de Estados extranjeros." Véanse los *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 289.

¹⁶ Magallón Elósegui indica que así lo ha hecho Alemania. Magallón Elósegui, N., "La reforma...", p. 4.

3. Análisis de normas

i. Normas aplicables

Para abrir el capítulo, el art. 2594 dispone: “**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 de derecho internacional privado de fuente interna*”.

Este artículo regla que en materia de derecho internacional privado, primero se aplicarán los tratados, y en su defecto, las normas de fuente interna. El artículo simplemente replica lo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, que establece la jerarquía normativa de los tratados por sobre las leyes. Entiendo que este artículo es, por lo tanto, innecesario. Pensando en el Código Civil de modo global, ¿por qué debería éste repetir el art. 31 de la CN en materia de Derecho Internacional Privado, pero no en otras materias, como los Derechos del Niño y demás derechos humanos? En virtud del principio de concisión, este artículo debería ser eliminado.

ii. Aplicación del derecho extranjero

El nuevo artículo 2595 dispone:

"ARTÍCULO 2595.- Aplicación del derecho extranjero. *Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: (a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino."*

Analicemos el artículo parte por parte.

- "*Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: (a) el juez establece su contenido...*"

Esta frase indica, de modo muy similar al art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, que cuando el derecho extranjero es aplicable, el juez tiene facultades para investigar por sí su contenido. La frase, sin embargo, no termina de clarificar si el derecho extranjero debe aplicarse a pedido de parte, o si puede aplicarse de oficio; los términos “resulta aplicable...” no ayudan a aclarar la cuestión. Sería bueno, sin

embargo, que la legislación lo hiciera: sería valioso que el nuevo Código Civil tomara una decisión en este aspecto, a fin de poner fin a esta antigua discusión.

Recordemos que la discusión surge originalmente del texto del actual art. 13 del Código Civil, y su nota, que establecen que “el derecho extranjero es un *hecho* que debe probarse”, y que como tal, su aplicación “nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada”. Sin embargo, existe unanimidad en la doctrina internacionalista “acerca de la necesidad de derogar el art. 13” y de establecer la aplicación de oficio del derecho extranjero.¹⁷ Esta necesidad de derogarlo surge de varios factores, entre ellos, la necesidad de dar una solución coherente a los casos internacionales, y de la adopción de los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y por la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), que establecen en sus art. 2 que el derecho extranjero será aplicado 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. En línea con ello, en el proyecto formulado por Kaller de Orchansky y otros, el texto indica claramente que “el derecho extranjero designado por la norma de conflicto debe ser aplicado de oficio”.¹⁸

Actualmente, el art. 377 del Código Procesal permite al juez investigar de oficio el derecho extranjero, pero sólo cuando las partes lo hubieran invocado.¹⁹ Para dar sentido a la frase del Anteproyecto más allá del actual art. 377, es necesario establecer claramente que cuando un derecho extranjero resultara aplicable, el juez debe aplicarlo de oficio, si no fuera invocado por las partes. Digo que el juez *debe* aplicarlo y no sólo *puede* aplicarlo, porque tiene un *deber*, no una facultad, de hacerlo.

De mantenerse el artículo tal como fue propuesto en el Anteproyecto, perderíamos una oportunidad única de clarificar este aspecto de la aplicación del derecho aplicable, y crearíamos un nuevo artículo que repetiría lo establecido por el art. 377 del CPCCN. De acuerdo con el análisis propuesto en este trabajo, este artículo no cumpliría con el principio de concisión.

- “y *está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece*”,

Esta frase recoge la teoría del uso jurídico de Werner Goldschmidt, de modo similar a como fuera establecido en la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional

¹⁷ Kaller de Orchansky, B., *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado* (1997), p. 128.

¹⁸ Sosa, G.L., “Las normas...”, p. 202.

¹⁹ Dispone el art. 377 del CPCCN: “[...] Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”.

Privado. Su principal aporte es especificar la forma en que debe ser interpretado el derecho extranjero, teniendo en cuenta principalmente los contenidos de las sentencias extranjeras. Cabe destacar que, para la teoría de Goldschmidt, se trata de aplicar el derecho extranjero según la "*probable sentencia del juez extranjero*",²⁰ aclaración que la norma del Anteproyecto no realiza y que puede ser relevante a la hora de la interpretación. No obstante ello, en su mayor parte, este artículo continúa con la línea jurisprudencial actual, y por lo tanto, es una adición aceptable.

- "*sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada.*"

Notemos que esta última frase permite a las partes alegar y probar la *existencia* de la ley invocada, pero no menciona nada acerca de su *contenido*. Sin embargo, las normas en que esta frase se inspira (tanto el art. 2 del Protocolo a los Tratados de Montevideo como el art. 2 de la CIDIP II) establecen que las partes pueden probar ambas "la existencia y contenido" de la ley extranjera invocada. No se explica por qué los redactores del Anteproyecto dejaron de lado la palabra "contenido", pero sin duda sería conveniente incluirla, para permitir a las partes aportar pruebas acerca de la ley extranjera con una amplitud suficiente, que les permita ejercer plenamente el derecho de defensa en juicio.

De acuerdo con el comentario del comienzo del análisis de este artículo, convendría también eliminar la palabra "invocada", para dejar en claro que las partes pueden probar la existencia y contenido de la ley extranjera tanto en casos en que ellas la invoquen como en los casos en que el juez la aplique de oficio.

- "*Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino.*"

Esta frase busca dar una solución a un importante problema del derecho internacional privado: ¿cómo debe decidir el juez cuando no puede establecer el contenido del derecho extranjero?

Puede argumentarse que esta parte busca resolver un problema más teórico que práctico: con el crecimiento de las telecomunicaciones y de las redes diplomáticas de nuestro país, virtualmente siempre será posible hoy establecer el contenido del derecho extranjero. Esto es así especialmente cuando, en virtud del art. 377 y del texto del Anteproyecto, el juez tiene plenas facultades para investigar su contenido y existencia.²¹

²⁰ Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, p. 227.

²¹ Así ha sido criticado el caso "Adano, Juan O. c/Dresser Atlas Argentina S.A.", CNTrab, Sala II, 21 de febrero de 1983, en el que un vocal decidió conforme a la ley laboral argentina por imposibilidad de decidir

Aplicado más de lo debido, este artículo tendría incentivos perversos: llevaría al juez a no querer investigar el derecho extranjero -aún cuando fuera posible hacerlo-, dándole la posibilidad de aplicar su propio derecho, el que mejor conoce. Como lo expresara Goldschmidt, "los jueces, en todos los países del mundo, están dominados por el afán invencible de someter todos los casos exclusivamente al Derecho propio, llamado 'afán hacia sus pagos' o 'tirada hacia la querencia' (Heimwärtsstreben)", pero éstos deben aplicar el derecho extranjero cuando éste es llamado a ser aplicado para "no sofocar la vida plena" de las normas de derecho internacional.²²

En los casos en los que les fuese difícil a los jueces establecer la existencia y contenido del derecho extranjero, ellos deben agotar todas las vías de prueba a su alcance, antes de aplicar el derecho argentino. Así como en nuestro actual Código el juez no puede dejar de resolver fundado en la "insuficiencia de las leyes" (art. 15), tampoco debería poder hacerlo ahora. Antes de aplicar el derecho argentino de fondo, y agotadas todas las vías de prueba, el juez debería aplicar el derecho argentino por analogía (como lo establece el actual art. 16 CC), o interpretar su espíritu a la luz del derecho extranjero,²³ o utilizar derechos extranjeros análogos como herramienta,²⁴ antes de aplicar la norma argentina equivalente. Sólo así estará respetando el juez tanto las instrucciones que la norma indirecta le da, así como la voluntad de nuestros legisladores al crear dichas normas indirectas.²⁵

Como conclusión, considero que el actual artículo no instruye claramente al juez sobre cómo debe operar en casos en que no puede establecerse el derecho extranjero. Lo ideal sería que el juez agotara primero todas las vías posibles para interpretarlo, directamente o por analogía, y recién después procediendo a aplicar el derecho argentino. El artículo debería reflejar este procedimiento.

El art. 2595 luego continúa con dos incisos más:

de acuerdo a la ley extranjera, que las partes no habían invocado. Véase Feldstein de Cárdenas, S., *Colección de Análisis Jurisprudencial - Derecho Internacional Privado y de la Integración*, La Ley (2004) p. 324.

²² Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, p. 25.

²³ En este sentido, el art. 3 de la CIDIP II brinda una solución análoga.

²⁴ Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, p. 227: "Si nuestro juez dispone de la legislación y jurisprudencia extranjeras, referidas al punto controvertido, su juicio alcanzará un alto grado de probabilidad. [...] Pero si no [lo poseyera], podría acudir a otro Derecho emparentado con aquél cuya solución le incumbe, puesto que, imitando el Derecho emparentado, podrá solucionar con cierta probabilidad el asunto controvertido conforme lo haría el juez cuyo Derecho desconoce. *Sólo en último lugar debe aplicar el juez su propio derecho*".

²⁵ En la misma línea, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado elaborado en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (Res. 191/2002 y 144/2002) establecía que "no podrá rechazarse la demanda por falta de prueba del contenido del Derecho extranjero que correspondiera aplicar". Véase Magallón Elósegui, N., "La reforma...", p. 17.

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

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

Estos dos incisos buscan codificar la práctica actual de nuestros tribunales, en casos donde el juez debe decidir qué derecho aplicar frente a dos o más ordenamientos que serían potencialmente aplicables. En lo general, estos incisos son sensatos, continúan con la tradición legal actual y contribuyen a que nuestro derecho internacional privado sea verdaderamente un *derecho de la tolerancia*, respetando las normas extranjeras con vocación de aplicarse a los casos bajo estudio,²⁶ puesto que aplica el derecho extranjero *tal como éste desea ser aplicado*. El inciso c). en particular es muy similar al art. 9 de la CIDIP II.²⁷

Sin embargo, puedo señalar un aspecto cuestionable sobre cada inciso. Según el inciso b), ¿cómo debe definir el juez cuál será “el sistema jurídico que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate”? ¿Será útil el inciso por sí sólo para ayudarlo a interpretar? ¿Es entonces este artículo un avance respecto de la doctrina y jurisprudencia actual?

En el inciso c), por su parte, el texto busca armonizar los diversos derechos que fueran aplicables a distintos aspectos de un mismo caso. El fin armonizador y tolerante es positivo; sin embargo, al indicar que deben realizarse las “adaptaciones necesarias” para respetar el fin de cada norma, debe tenerse cuidado en no modificar cada derecho aplicable. Al armonizar los varios derechos, debemos buscar sentido tanto en el conjunto como dentro de cada uno de los derechos aplicables, conservando su sentido y alcance original en la mayor medida posible.

iii. Reenvío

²⁶ Goldschmidt, W., *Derecho Internacional Privado...*, p. XXXV.

²⁷ El art. 9 de la CIDIP II establece, de modo similar, que “Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones.”, aunque luego agrega que “las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto.”

El artículo 2596 se ocupa del problema del reenvío, del siguiente modo:

"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."

Vemos que el artículo brinda soluciones diferentes en los casos en que las partes hubieran elegido el derecho aplicable, y en los restantes casos. En estos restantes casos, el Anteproyecto acoge el reenvío, obligando al juez aplicar las normas de derecho internacional privado extranjeras para así descubrir cuál es el derecho sustantivo aplicable. Cuando las partes han elegido el derecho aplicable, sin embargo, el Anteproyecto no hace lugar al reenvío.

Esta solución se condice con lo previsto en otros artículos del Anteproyecto en la sección sobre derecho aplicable a los contratos.²⁸ Sin embargo, es una solución criticable, por al menos dos motivos:

a.) El reenvío es una teoría problemática, entre otras razones, porque provoca un ping pong internacional;²⁹ coloca en un mismo pie de igualdad las leyes de derecho privado y las normas de derecho internacional privado, que pertenecen al derecho público;³⁰ no genera una mayor armonización internacional;³¹ y obliga a generar prueba más costosa sobre el derecho extranjero –puesto que debe probarse primero el derecho internacional privado extranjero, y después el derecho sustantivo extranjero-³². Es por ello que gran parte de la doctrina argentina aboga por su rechazo.³³

Siguiendo el principio de consenso, sería ideal que el Código no adoptara la controversial teoría del reenvío, dejando a la doctrina y jurisprudencia la solución gradual de la cuestión. Según indican los fundamentos del Anteproyecto, así se hizo con el problema de las calificaciones, para el cual no se brinda solución en el Anteproyecto por

²⁸ Véase el art. 2651: “**Autonomía de la voluntad. Reglas.** Las partes pueden elegir el derecho aplicable en forma total o parcial al contrato que celebran. [...]. El ejercicio de este derecho está sujeto a las siguientes reglas: [...] 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.”

²⁹ Kaller de Orchansky, B., Nuevo Manual..., p. 118.

³⁰ *Ibidem.*

³¹ Kaller de Orchansky, B., Nuevo Manual..., p. 119.

³² Excepto en aquellos casos en los que el derecho extranjero vuelva a reenviar al derecho argentino.

³³ Véase Kaller de Orchansky, B., Nuevo Manual..., p. 124.

preferir "dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución" orgánica;³⁴ y también podría hacerse respecto del problema del reenvío.

Una alternativa intermedia sería aquélla que proponía el proyecto de Kaller de Orchansky y otros, que establecía que el juez sólo *debe tomar en cuenta* las normas de conflicto del derecho extranjero declarado aplicable.³⁵ El juez debe analizar las normas de conflicto extranjeras, para realizar una evaluación global del caso, pero no está obligado a aplicarlas.

b.) Incluso suponiendo, a los efectos de la argumentación, que hubiera buenos motivos para adoptar la teoría del reenvío. ¿Por qué, entonces, brindaríamos soluciones diferentes para el caso en que las partes hubieran elegido el derecho aplicable, respecto de los restantes casos?

¿No sería más coherente establecer que tanto el Código Civil como la voluntad de las partes prevén la aplicación directa del derecho de fondo extranjero? ¿O, por el contrario, prever que se aplicará por defecto la teoría del reenvío en todos los casos? Parecería ser que el Anteproyecto buscó adoptar una solución intermedia para complacer tanto a aquéllos que rechazan el reenvío como a quienes lo aceptan. Esta discordancia no respeta la jurisprudencia actual, puede prestarse a confusión e incumple con los principios de continuidad y consenso.

Para aportar una normativa sólida y coherente, convendría entonces corregir este artículo, o bien eliminándolo, o en su defecto, brindando la misma solución tanto para aquéllos casos en los que las partes hubieran elegido el derecho aplicable como en los casos en los que no lo hubieran hecho.

iv. Cláusula de excepción

El art. 2597 establece: "***Cláusula de excepción.*** *Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso.*"

³⁴ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 289.

³⁵ Art. 2566 del Proyecto.

Este artículo busca evitar la aplicación del derecho designado para el caso, cuando su aplicación condujera a soluciones injustas. Las normas indirectas generalmente contienen puntos de conexión relevantes y cercanos a las situaciones que regulan, sin embargo, pueden existir casos en los que los hechos subyacentes a puntos de conexión no sean cercanos al conflicto. Pensemos, por ejemplo, en el caso de una argentina que se hubiera mudado a China hace sólo seis meses, y que falleciera allí, dejando bienes en China y en Argentina. Si bien el último domicilio formal de la causante fue China, su centro de vida aún se encontraba en nuestro país, y puede interpretarse que la situación presenta vínculos muy estrechos con Argentina.³⁶ Otro ejemplo sería el de los cónyuges que, recién casados, circunstancialmente fijaran su primer domicilio en el exterior por unos meses (por ejemplo, por las obligaciones laborales de alguno de ellos) pero luego vivieran por décadas en Argentina, y luego decidieran divorciarse.

Parecería que este artículo lidia con un fraude a la ley *a la inversa*: los sujetos de la ley modifican los hechos subyacentes a los puntos de conexión, no para evitar la aplicación de las normas de su domicilio (como lo hacen en el fraude a la ley), sino por el contrario, *a pesar* de desear mantener las normas de su domicilio y de mantener vínculos estrechos con él.

El artículo, entonces, brinda una válvula de escape para arribar a soluciones justas. Sin embargo, en algunos casos su redacción parecería innecesaria: existen principios superiores –como el “interés superior del niño”, el principio protectorio del derecho laboral, y el principio de protección al consumidor- que permitirían llegar a idénticas soluciones sin necesidad de agregar esta cláusula de excepción. Asimismo, en otros casos podría resultar problemática, especialmente cuando no sea claro para el juez si el caso tiene vínculos más estrechos con uno u otro derecho. Pensemos en el caso de responsabilidad por daños ambientales, en donde puede debatirse si el caso tiene vínculos más estrechos con el lugar donde se produce el hecho dañoso, o donde se sufren las consecuencias dañosas.³⁷ La cláusula de excepción relativiza lo establecido por la norma indirecta, que en principio es de aplicación obligatoria, pero ello no siempre servirá para asistir al juez en la tarea de dilucidar el derecho aplicable. Guiándonos por el principio de concisión, convendría evaluar la eliminación de esta norma.

v. Fraude a la ley

³⁶ Podría argumentarse que el texto debería decir “presenta vínculos muy estrechos con otro Estado”, y no con “el derecho de otro Estado”, dado que se está evaluando el plano fáctico -los hechos subyacentes a los puntos de conexión- de la situación.

³⁷ Véase, por ejemplo, el caso “Ñandubaysal S.A. y otros c. Botnia S.A.”, Cam. Fed. Ap. Paraná del 14/06/2010.

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

Este artículo cumple con todos los principios rectores: brinda continuidad con la jurisprudencia actual, es conciso y no adopta teorías controversiales. Aprobado el artículo bajo los principios de este artículo, considero que su redacción es buena.

vi. Normas de policía

El artículo 2599 establece: "**Normas de policía.** Las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes. Cuando resulta aplicable un derecho extranjero también son aplicables sus disposiciones internacionalmente imperativas, y cuando intereses legítimos lo exigen pueden reconocerse los efectos de disposiciones internacionalmente imperativas de terceros Estados que presentan vínculos estrechos y manifiestamente preponderantes con el caso."

Podemos señalar dos desventajas de esta norma. La primera es que la norma no define cuáles son las normas de policía. El texto puede resultar confuso para aquéllos que, sin ser versados en el derecho internacional privado, puesto que utiliza tres sinónimos distintos del mismo concepto (normas “de policía”, “internacionalmente imperativas” y “de aplicación inmediata”). Sin definir cuáles son estas normas, la aplicación de este artículo es limitada, y la norma no aporta ninguna novedad legislativa respecto de lo que ya existe en doctrina y jurisprudencia. Por lo tanto, podemos afirmar que esta parte de la norma no cumple con el principio de concisión.

La segunda desventaja es que no tenemos obligación de respetar el orden público de otros países, ni prevenir su fraude a la ley. Es más, en general puede contradecir nuestra ley. Por ejemplo, en lo referido a matrimonios, nuestro Código Civil actual establece *expresamente* que no se rechazará un matrimonio válido en el país aunque haya sido celebrado en fraude a la ley extranjera (art. 159). En otras áreas (por ejemplo, el derecho societario) no es necesaria esta disposición tampoco; podemos regirnos por los principios generales. ¿Para qué, entonces, una norma tan amplia como la del nuevo art. 2599? El principio de la "tolerancia" no debe llegar a tanto: la tolerancia es una acción pasiva, no activa.

En línea con este razonamiento, el proyecto de Kaller de Orchansky y otros establecía que las normas de policía del derecho extranjero aplicable *pueden* ser tomadas en consideración (no que *deben* serlo), y sólo en los casos en que "su finalidad y las consecuencias que se derivarían de su aplicación, son compatibles con los principios de la legislación argentina y la razonable previsión de las partes."³⁸

vii. Orden público

El artículo 2600 indica: "**Orden público.** *Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.*"

Este artículo recoge lo establecido en el actual art. 14 inc. 3 del Código Civil.³⁹ En la redacción del Anteproyecto, debería aclararse que se trata de los principios del orden público *internacional*, pero no de normas del orden público interno argentino. Nuevamente, esto puede resultar claro para alguien versado en el derecho internacional privado, pero no para el usuario promedio del Código. Dado que el texto debe redactarse de modo que pueda ser entendido por todos, sería conveniente esclarecerlo.⁴⁰ Así cumpliríamos asimismo con el principio de continuidad en la redacción del texto.

El artículo responde también a lo establecido en el art. 5 de la CIDIP II, con la diferencia de que la CIDIP habla de disposiciones que sean "manifiestamente" contrarias a los principios de orden público, mientras que el Anteproyecto no lo hace. Por razones de continuidad, convendría agregar que se trata de incompatibilidades manifiestas también.

viii. Las disposiciones ausentes

Es posible notar que nada se establece en el Anteproyecto sobre las calificaciones, aunque otros proyectos sí lo hicieron. Por ejemplo, el proyecto de Kaller de Orchansky establecía que "los conceptos utilizados por las normas de derecho internacional privado se definirán de acuerdo con el derecho declarado competente", que "si tal derecho no condujera a una solución razonable del problema de calificaciones, se definirá conforme al derecho argentino, y que "los puntos de conexión serán calificados, en principio, por el derecho argentino", adoptándose así la teoría de la *lex causae*.⁴¹ Los Fundamentos del

³⁸ Art. 2570 del Proyecto. Sosa, G.L., "Las normas...", p. 205.

³⁹ El artículo establece que establece que "Las leyes extranjeras no serán aplicables: [...] cuando su aplicación fuera incompatible con el espíritu de la legislación de este Código".

⁴⁰ Véase el sitio web oficial de la reforma, <http://www.codigocivil.argentina.ar/>, acerca de la importancia de que el nuevo Código haga más accesible la legislación actual.

⁴¹ Art. 2562 del Proyecto. Sosa, G.L., "Las normas...", p. 203.

Anteproyecto establecen que se ha considerado conveniente no introducirlos para "dejar que la ciencia del derecho internacional privado continúe su evolución, sin obligar a los jueces a razonar conforme a criterios abstractos",⁴² pero podría argumentarse que hay un consenso suficiente en nuestra doctrina y jurisprudencia que permita adoptar un texto como el proyecto de Kaller de Orchansky y otros.

Tampoco se regula el tema de la cuestión previa, que en el proyecto de Kaller de Orchansky preveía que "deben resolverse conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro", siguiendo el art. 8 de la CIDIP II que establece que las cuestiones previas no deben resolverse necesariamente según el mismo derecho que regula la cuestión principal.⁴³

Ya fuera de las disposiciones generales del Capítulo I, puedo señalar que tampoco se unifica la cuestión sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras; posiblemente, por reconocérselo como un asunto principalmente procesal, reservado a los códigos provinciales. Ya se había criticado esta ausencia en proyectos anteriores, señalando que ella "incumple el objetivo de agrupar todas las normas de DIPr bajo un único cuerpo legal".⁴⁴ La crítica es igualmente válida frente al Anteproyecto bajo análisis.

3. Conclusiones

Aunque pueda objetarse la decisión sistemática de codificar las normas de derecho internacional privado dentro del nuevo Código Civil y Comercial, el texto del Título IV del Anteproyecto es una propuesta valiosa. Sin embargo, sería conveniente ajustar ciertas partes de su redacción, según fuera indicado, para cumplir con los principios de continuidad, concisión y consenso respecto de la doctrina y jurisprudencia actuales.

Así podremos sistematizar el derecho internacional privado en la legislación de un modo provechoso para jueces, partes y estudiantes, y sentar un sólido derecho internacional privado para lidiar con los desafíos que vendrán.

⁴² *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 289.

⁴³ Art. 2563 del Proyecto. Sosa, G.L., "Las normas...", p. 204.

⁴⁴ Magallón Elósegui, N., "La reforma...", p. 5.