BIOCCA
CÁRDENAS · BASZ

Lecciones de DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Parte general

SEGUNDA EDICIÓN

EDITORIAL UNIVERSIDAD

Se terminó de imprimir en el mes de agosto de 1997,
en los **Talleres Gráficos EDIGRAF S.A.,**
Delgado 834, Buenos Aires, Argentina.

Stella Maris Biocca

Miembro de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado.
Profesora titular de Derecho Internacional Privado de las Universidades de Buenos Aires y de Morón.
Profesora honoraria de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Pernambuco, República Federativa del Brasil.
Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y de La Plata, y del Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Morón.
Profesora titular de la Maestría en Ciencias de la Familia de la Universidad de San Martín.
Presidente permanente del Instituto de Estudios Judiciales para la capacitación y perfeccionamiento de todos los integrantes del Poder Judicial de la provincia de Buenos Aires.
Directora del Instituto de Derecho Internacional del Colegio de Abogados de San Martín.
Jueza de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Martín, provincia de Buenos Aires.

Sara L. F. de Cárdenas

Profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Maestría sobre Integración de la Universidad Nacional del Nordeste.
Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de San Isidro.
Miembro titular permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Victoria Basz

Profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora.
Profesora en la Maestría sobre Integración de la Universidad Nacional del Nordeste.
Profesora de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
Profesora adjunta regular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

AUTORÍA

Stella Maris Biocca: Capítulo I, Capítulo II (Parte I: Las relaciones internacionales), Capítulo V (Pascual Estanislao Mancini) y Capítulo VII.

Sara L. F. de Cárdenas: Capítulo II (Parte II: Las normas de Derecho Internacional Privado), Capítulo V (Federico Carlos de Savigny), Capítulo VI y Capítulo IX.

Victoria Basz: Capítulo III y Capítulo X.

Cárdenas-Basz: Capítulo III (punto 6: Ámbito temporal y espacial. Cuadros), Capítulo IV y Capítulo XI.

Biocca-Basz: Capítulo VIII.

BIOCCA - CÁRDENAS - BASZ

LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Parte general

Segunda edición

EDITORIAL UNIVERSIDAD
BUENOS AIRES
1997

1ª edición: 1990.
reimpresión: 1992.

ISBN 950-679-211-9

© Copyright by *EDITORIAL UNIVERSIDAD S.R.L.*
Talcahuano 287 - Buenos Aires

Hecho el depósito de la ley 11.723. Derechos reservados.
IMPRESO EN LA ARGENTINA

Para nuestros hijos,
para nuestros padres
y todos nuestros seres entrañables
que le dan sentido a nuestras vidas.

NOTA LIMINAR

Nuestra aspiración esencial es contribuir a la formación jurídica de quienes se inician en el Derecho Internacional Privado, y de ser ello posible, acompañar desde una perspectiva actual a quienes deban transitarla como profesionales del Derecho.

No hemos pretendido agotar ninguno de los temas expuestos por cuanto el objetivo es presentar con una finalidad didáctica las nociones básicas del Derecho Internacional Privado, que siempre se ha mostrado, desde sus orígenes hasta nuestros días, tan sensible para con la realidad que lo conmueve.

Es un honor compartir con la Doctora Stella Maris Biocca, de quien hemos recibido su valiosa orientación científica, su profundo amor a nuestra disciplina y el respeto debido a quienes son sus legítimos destinatarios, estas "Lecciones de Derecho Internacional Privado".

VICTORIA BASZ y SARA L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS.

Quiero agradecer especialmente a Sara L. F. de Cárdenas y a Victoria Basz, mis muy queridas adjuntas, el impulso que me dieron para concretar esta demorada publicación.

Las ideas de este libro se fueron gestando a través de años de investigación y enseñanza del Derecho Internacional Privado; muchas de ellas son, por tanto, conocidas por quienes colaboraron o estudiaron conmigo en las distintas facultades, así como también por los que asistieron a mis conferencias en las universidades del Brasil.

He tratado de emplear un lenguaje sencillo, acaso coloquial, pues estando el libro principalmente dirigido a los

estudiantes, quise evitar que las formas lingüísticas ocultaran el contenido, deseando que quienes se inician en el estudio de esta materia la aprendan y descubran los conflictos fundamentales que encierran los conceptos.

Es difícil imaginar la real proyección de un Estado en el ámbito externo sin un número considerable de expertos en Derecho Internacional; es la primera enseñanza que nos deja la historia jurídica de los Estados que siempre dominan la escena internacional.

De ahí que cumplida será nuestra misión si logramos que nuestra disciplina interese o agrade, ya que es verdad que sólo se conoce lo que se ama.

STELLA MARIS BIOCCA.

ÍNDICE

NOTA LIMINAR 9

CAPÍTULO I

NOCIONES GENERALES

1. Concepto 19
2. Factores determinantes de una nueva concepción 22
   a) Políticos 22
   b) Económicos 22
   c) Jurídicos 23
3. Naturaleza 25
4. Contenido 28
5. Objeto 32
6. Método 33
7. Autonomía 37
8. Finalidad 37
   Uniformidad y armonía legislativas 41
9. Fuentes 46
   I) Las soluciones del conflicto entre el tratado y la ley, en las distintas teorías monistas 48
   II) La recepción de estas teorías en la legislación y la jurisprudencia comparadas 53
   III) Los principios de especialidad y de reserva 55

CAPÍTULO II

LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A) Las relaciones internacionales

1. Ámbitos nacional, internacional y regional 59
2. Integración. Tipos 60
   a) La integración fronteriza 60
   b) La zona de libre comercio 60
   c) La unión aduanera 60
   d) Mercado común 61
3. Integración regional latinoamericana. Su objetivo 61
4. Esferas de acción de las reglas de Derecho Internacional Privado 65

B) Las normas de Derecho Internacional Privado

1. Introducción 65
   a) Normas directas 66
   b) Normas indirectas 66
2. *Los puntos de conexión* 67
   a) Definición 67
   b) Naturaleza del punto de conexión 69
   c) Clasificación 70
   d) Tendencias actuales 71

CAPÍTULO III

LA CODIFICACIÓN

1. Noción 75
2. Métodos de codificación 75
   a) Armonía legislativa 75
   b) Uniformidad legislativa 76

3. Tentativas y trabajos individuales y colectivos 76
4. Codificación en el continente americano 78
a) Etapas 78
b) Conferencias 81
5. Codificación en la Comunidad Económica Europea 84
6. Ámbito espacial y temporal de los Tratados de Montevideo y de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado vinculados a la República Argentina 85
A) Ámbito espacial 85
a) Tratados de Montevideo de 1889 85
b) Tratados de Montevideo de 1940 86
c) Convención de Montevideo de 1933 86
d) Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado 86
B) Ámbito temporal 88
a) Tratados de Montevideo de 1889 88
b) Tratados de Montevideo de 1940 89
c) Convención de Montevideo de 1933 sobre extradición 90
d) Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado 90
C) Cuadros 92

CAPÍTULO IV

HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Introducción 95
2. Origen 96
3. Teoría de los estatutos 97
a) Escuela italiana. Siglos XIII a XV 97
b) Escuela estatutaria francesa del siglo XVI 100
c) Estatutarios españoles 102
d) Escuela flamenco-holandesa del siglo XVII 104
e) Escuela francesa del siglo XVIII 105
f) Conclusión 107
4. Sistemas alemanes. Siglo XIX 108
5. Escuela angloamericana. Siglos XIX y XX 110
6. Cuadros 116

CAPÍTULO V

LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL DERECHO

1. Fundamento jurídico político (Pascual Estanislao Mancini) 119
La nacionalidad 120
2. Fundamento jurídico (Federico Carlos de Savigny) 124
a) Regla de solución 125
b) Aportes 129
1) Método científico 129
2) Fundamento jurídico 130
3) Orden público internacional 130
4) Asiento de la relación jurídica 130
c) Influencia en la doctrina y en las legislaciones 130

CAPÍTULO VI

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Introducción. Planteo del problema 133
2. Naturaleza del Derecho extranjero 134
a) Teorías normativistas o jurídicas 134
b) Teorías realistas 134
c) Gráficos 135
3. Tratamiento procesal 136
a) Sistema de aplicación a instancia de parte 136
b) Sistema de aplicación de oficio 137
4. Legislación argentina 137
a) El artículo 13 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia 137
b) El art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo y el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación 139
5. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Protocolo Adicional 140
6. Código de Bustamante 140
7. Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P. II) 141

CAPÍTULO VII
REENVÍO

1. Concepto 143
   a) De primer grado 144
   b) De segundo grado 145
   c) Doble reenvío 145
2. Origen de la teoría 146
3. Teorías, fundamentos y críticas 147
4. Argumentos en favor del reenvío. Su crítica 152
5. Explicación del reenvío por la noción de la coordinación de las reglas de conflicto (Batiffol) 156
6. Límites de aplicación. Autonomía y regla "locus regit actum" 161
7. El reenvío en la jurisprudencia y en la legislación 162
8. Legislación argentina 166

CAPÍTULO VIII
CALIFICACIONES

1. Concepto 169
2. Origen 169
3. Diversas teorías 171
   a) Lex fori 171
   b) Lex causae 172
   c) Teoría autárquica empírica 174
   d) Teoría de la coordinación 176
4. Legislación argentina 176
   Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 176

CAPÍTULO IX
FRAUDE A LA LEY

1. Introducción 179
2. Definición 179

3. Antecedentes jurisprudenciales 180
4. Evolución de la doctrina 180
5. Teorías 182
a) Teoría negatoria 182
b) Teoría afirmatoria 183
6. Elementos 184
a) Elemento objetivo o material 184
b) Elemento subjetivo o intencional 185
c) Concurrencia de los factores o elementos objetivo y subjetivo 185
7. Efectos 186
8. El fraude en el Derecho argentino 186
9. Tratados de Montevideo 187
10. Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P. II) 187

CAPÍTULO X

CUESTIÓN PREVIA

1. Introducción 189
2. Doctrina 189
3. Soluciones propuestas 193
4. Legislación y jurisprudencia 193

CAPÍTULO XI

LIMITACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Orden público internacional

1. Noción 197
2. Origen 197
3. Evolución de la doctrina 198
4. Concepción apriorística y *a posteriori* del orden público 203
5. Unidad y pluralidad del orden público 204
6. Legislación argentina 205

7. Tratados de Montevideo. Protocolo Adicional 206
8. Orden público en el Derecho comunitario 206

BIBLIOGRAFÍA 209

a) Autores 209
b) Revistas 211
c) *Conferencias y congresos* (documentos oficiales) 211

Capítulo I

NOCIONES GENERALES

1. Concepto.

Se han dado múltiples definiciones del Derecho Internacional Privado, a partir de las normas que lo componen o de las relaciones jurídicas que comprende.

Citaremos algunas: "Es la rama del Derecho Privado que tiene por objeto el régimen de las relaciones jurídicas en las que existe uno o varios elementos extraños al Derecho local" (Vico).

"Es el conjunto de normas jurídicas que tiene por objeto o fin determinar cuál es la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más leyes en el espacio" (Romero del Prado).

Hay muchas otras que a partir de las leyes o las relaciones definieron a esta rama.

Recordamos una definición que tiene la virtud de ser una de las primeras que se dieron en Latinoamérica; es la del jurista brasileño Pimienta Bueno, quien en su obra de 1863 decía: "Es el complejo de leyes positivas, actos, precedentes, máximas y principios recibidos o racionales según los cuales las naciones civilizadas aplican sus leyes nacionales o consienten la aplicación de las leyes extranjeras dentro de su territorio en las cuestiones de carácter particular en materia de carácter civil, comercial, penal y también administrativo que afecten a súbditos extranjeros".

"Es el conjunto de reglas que sirve para dirimir los conflictos de las leyes"; así definía en el siglo pasado Andrés Bello al Derecho Internacional Privado.

Nosotros, en cambio, deseamos no ceñir nuestra materia al esquema cerrado y rígido que es propio de las definiciones;

por ello preferimos la noción, que hace más flexible el concepto y el objeto de una rama del Derecho.

Por eso decimos que el 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.

Es un Derecho que se originó como indicador del dominio legal a que deben someterse las relaciones que vinculan a los individuos o a éstos con los Estados cuando en razón de las personas, los bienes o los actos afectan el dominio legal de dos o más naciones.

Los elementos extraños de la relación jurídica son precisamente los que determinan un conflicto entre dos o más soberanías legislativas, pero en la actualidad el acento estará dado por los elementos extraños visualizados en la relación, más que por el carácter indicador o adjetivo de ciertas normas que componen el Derecho Internacional Privado.

Las fronteras que separan los sistemas jurídicos y el cosmopolitismo del hombre fueron las causas del surgimiento del mismo. Por encima de esas fronteras se produce permanentemente una red de relaciones jurídicas que las comunicaciones incrementaron. Por ejemplo, las personas domiciliadas en un Estado contratan en otro, comercian, adquieren bienes situados en otro Estado, contraen matrimonio en un Estado distinto de aquel en el cual están domiciliadas o se divorcian en un Estado distinto de aquel en el cual celebraron el matrimonio. Una persona fallece en un Estado dejando bienes o herederos en otros Estados; una sociedad establece agencias o sucursales fuera del Estado en el cual está su domicilio o realiza diversos actos o posee bienes en otros Estados. Una letra de cambio librada en un Estado es pagadera en otro y puede ser endosada en terceros Estados. Una persona comete en un Estado un delito que se consuma en otro; una sentencia necesita ser ejecutada en un Estado distinto al del tribunal del cual emana.

Así vemos entonces cómo se producen constantemente un cúmulo de relaciones que poseen elementos extraños al Derecho local por razón de los sujetos, de los objetos o del lugar de celebración o de ejecución de los actos.

Decimos, en consecuencia, que la relación es internacional cuando debido a la interpenetración social la misma no tiene todos sus elementos nacionales y afecta a más de un Estado.

Ese elemento extraño al derecho local puede ser ostensible o encubierto; entendemos que es insuficiente considerar a la relación internacional sólo cuando el elemento extraño es ostensible, pues, como veremos especialmente en la evolución de la actuación de las sociedades extranjeras o multinacionales, el elemento aparece encubierto.

El elemento extraño al Derecho local es ostensible cuando aparece en la relación jurídica y es verificable sin necesidad de indagación, por ejemplo, el lugar de ejecución de un contrato distinto al lugar de celebración, la situación de los bienes que componen un acervo hereditario, el lugar de celebración de un matrimonio que luego desarrolla toda su existencia en país diverso, etc. En cambio, hay distintos supuestos en los que el elemento extraño de la relación jurídica se encuentra oculto, en razón de que para desentrañarlo se requiere una indagación sobre actos o hechos constitutivos.

Cuando se constituye una sociedad que tiene domicilio y directorio en un mismo país, la relación jurídica aparece como local y propia del derecho interno; sin embargo, una indagación puede poner en evidencia que dicha sociedad por los miembros que la componen (sociedad domiciliada en otro país) puede ser integrante de un *holding,* o ser integrante de un grupo económico como controlante o controlada, etc. Esta investigación, que deberá efectuarse en documentación constitutiva, contable, o a través de las relaciones interempresarias, nos plantea típicas relaciones jurídicas internacionales con elementos encubiertos extraños al Derecho local de empleo habitual en el orden económico y financiero internacional.

2. Factores determinantes de una nueva concepción.

Los factores políticos, económicos y jurídicos determinaron desde el origen no sólo su evolución sino también la peculiaridad de las soluciones que propone el Derecho Internacional Privado. Observamos estos tres factores que en la actualidad determinan un nuevo objeto, método y solución de nuestra materia.

a) Políticos.

Los cambios acaecidos en este siglo en orden a los sistemas políticos con diversas estructuras jurídicas y la interacción a través de un mayor intercambio comercial y financiero, el surgimiento de más de cincuenta Estados de África y Asia, la disminución del predominio político europeo y el creciente de los E.E.U.U., la aparición y modificación del socialismo y el comunismo, la multiplicación de organismos gubernamentales internacionales, las traslaciones de los ejes de poder tradicional, la eclosión de nuevos organismos internacionales no gubernamentales, determinaron la necesidad de revisar muchos de los criterios propios de la vida internacional de siglos anteriores.

Sin duda, los nuevos procesos de aperturas políticas y económicas del Este europeo nos enfrentarán a nuevas situaciones en las relaciones internacionales, que exigirán también novedosas formulaciones jurídicas en nuestra materia.

b) Económicos.

El surgimiento de los procesos de integración económica en sus distintos grados influye e incrementa la necesidad de la armonización y de la unificación del Derecho; tal ocurre con la Comunidad Económica Europea, con la ALADI, el Grupo Andino, el Mercado Común Centroamericano, el Consejo de Ayuda Mutua de los Países Socialistas, y con la perspectiva de una eventual integración americana que incluya a E.E.U.U. y Canadá.

c) Jurídicos.

Desenvueltos por los impulsos de la revolución técnica, el fenómeno de la Segunda Guerra determinó el surgimiento de la energía nuclear y esto impulsó la necesidad de reglamentar su uso; la aparición de la energía atómica y la posibilidad de utilizarla con fines pacíficos determinó las reglamentaciones al efecto; otro tanto ocurrió con la aviación y también con el descubrimiento de los satélites y las múltiples utilizaciones de los mismos en materia de comunicación y de radiodifusión.

Todo lo señalado es indicativo del agudo proceso de transformación que sufre el Derecho Internacional Privado y de las dificultades en consecuencia de mantenerse en situación estática, tanto en orden a su definición como a su objeto y contenido.

El Derecho Internacional Privado comprende aquellas relaciones jurídicas que contienen un elemento extraño al Derecho local, que vinculan a los individuos o a éstos con los Estados cuando, en razón de la persona, los bienes o los actos afecten a más de un Estado, y el interés comprometido pertenezca a un individuo o persona privada. El elemento extraño, según vimos, puede ser ostensible o encubierto. El interés debe pertenecer a una persona privada, independientemente del interés público que pueda afectar, y que no excluye que también esté en juego un interés público por la materia, el objeto o el sujeto que integra la relación jurídica internacional.

Dijimos que el interés comprometido debe ser de una persona privada, lo cual quiere decir que la razón por la que la relación se refiere a particulares es lo que la hace caer en su objeto, independientemente del interés público que pueda afectar. Al decir privado se quiere establecer diferencias con el Derecho Internacional Público, especificar que sus principios contemplan intereses que afectan directamente a un particular y se diferencian de aquellas relaciones que se dan entre los Estados y demás sujetos del Derecho Internacional y que conciernen más a la estructura de la Comunidad Internacional que a las relaciones que se producen en su ámbito.

Los intereses en juego pertenecen a un individuo o persona privada, y aun en los casos en que por su móvil parece ser absolutamente público, el resultado afecta en definitiva el interés de por lo menos un individuo o persona privada.

Así caracterizadas las relaciones jurídicas internacionales, diremos que por tal carácter deberán estar sometidas al dominio de la legislación más conforme con su propia naturaleza.

Ello determinó conflictos que el Derecho Internacional Privado ha resuelto por distintos criterios según el período histórico que analicemos.

En una primera época, tales relaciones eran sometidas exclusivamente al Derecho local; era la época del territorialismo.

En la subsiguiente etapa histórica encontramos el criterio clásico, que buscaba la solución en la elección de una ley entre las varias que pretendían competencia para regir la situación jurídica planteada. Es la escuela clásica, que en lo sustancial se limitaba a utilizar normas indirectas, es decir, normas cuyo objeto es simplemente indicar el ordenamiento jurídico que va a regular la relación jurídica.

Como una variedad ampliatoria de las escuelas anteriores aparece la concepción contemporánea, que regula las relaciones jurídicas internacionales por un Derecho material, sustantivo, es decir, abandona la norma formal, indirecta, para reemplazarla paulatinamente por la regulación directa de la relación jurídica (de ahí el auge de las distintas convenciones internacionales que buscan la regulación directa de las relaciones, caso de la Convención de Varsovia, La Haya, Guatemala en materia de Transporte Aéreo; régimen de la radicación de capitales extranjeros en el Acuerdo de Cartagena; Ley Uniforme sobre Compraventa Internacional de Bienes Muebles; Restitución de Menores; Ley Uniforme de Letra de Cambio).

Comenzamos a advertir entonces que el carácter de la norma ya no será más un elemento definitorio del Derecho Internacional Privado, como claramente se observa en su concepción contemporánea.

Toda norma que tenga por fin establecer una solución al problema atinente a las relaciones internacionales

pertenece a su esfera, tenga el carácter de norma nacional, internacional o de Derecho comunitario. Hay, pues, en la actualidad una triple esfera de acción del Derecho Internacional Privado: 1) el nacional, 2) el convencional, y 3) el comunitario. Encontraremos normas de Derecho Internacional Privado en las legislaciones nacionales; normas contenidas en las Convenciones Internacionales y también normas de Derecho Internacional Privado en la esfera comunitaria aplicable entre los Estados miembros de una integración. Las normas directas, sustanciales, contenidas en las leyes uniformes siempre permanecerán en el campo del Derecho Internacional Privado, pues su interpretación tendrá que regirse siempre en función de principios del Derecho Internacional Privado y no del Derecho interno; así lo afirmó Vieyra en el Curso de la Academia Internacional de La Haya RDC, 1970, y concordantemente, en el estudio publicado en Revue 1954, Paul Lagarde afirma que las interpretaciones divergentes de una ley uniforme originan conflictos que deben ser resueltos por las normas del Derecho Internacional Privado normalmente anexas a las Convenciones Internacionales sobre Ley Uniforme y, faltando éstas, por las del tribunal, es decir, por la *lex fori,* destacando este autor, con persistencia, como también lo hace Valladao, el papel coordinador insustituible de los principios sobre conflictos; concordantemente, ello ha sido sostenido reiteradamente por nosotros (VI Jornadas de Derecho Aeronáutico).

3. Naturaleza.

El Derecho Internacional Privado determina, indica o reconoce la aplicación del Derecho en materia de familia, bienes o sucesiones, contratos o letra de cambio o tráfico aéreo, crímenes o procesos o impuestos, sin considerar si tales cuestiones entran o no en la dicotomía apriorística y superada —"ultra pasada", al decir de Valladao— de Derecho público o privado.

No es posible en los tiempos actuales, tras los impactos técnicos, económicos y políticos, algunos de los cuales

acabamos de mencionar y que influyeron decisivamente en el mundo jurídico, seguir con la distinción clásica del Derecho en público o privado, por su objeto, su materia o según haya que proteger los intereses del Estado o de los individuos.

La amplia intervención del Estado en las actividades de los individuos, la extensión de las categorías por la penetración del Derecho público, en suma, la publicización del Derecho privado, hace no sólo inactual sino carente de realidad esa clasificación, ya abandonada en casi todos los países, por lo que algunos autores recurrieron entonces a otro factor diferenciador teniendo en cuenta la coordinación de la relación o bien la subordinación o dependencia (véase, en Alemania, Hans Mölle); sin embargo, tampoco tuvo aceptación considerándose que también ésta ha sido superada por el Derecho actual y principalmente porque la distinción carece de real interés práctico.

Una clasificación más actual dividirá las normas por su naturaleza pública o privada en orden a su obligatoriedad, es decir, tienen naturaleza pública las imperativas, y naturaleza privada las supletorias; pero no corresponde establecer una distinción genérica e inorgánica como tradicionalmente acontecía, pues en cada materia o institución encontramos ambas categorías de normas, y la distinción sólo será útil si se la emplea para dar al jurista una idea directriz a fin de determinar hasta dónde se extiende en cada materia o instituto el dominio de la libertad individual.

De manera que, si hablamos de nuestra disciplina desde el punto de vista de las reglas que la componen, encontraremos un Derecho Internacional Privado de naturaleza pública y uno de carácter privado, de normas supletorias, omisivas, dependientes de la autonomía individual.

Analizados así el Derecho internacional y el Derecho interno, el Derecho público y el privado, todas las materias contendrán reglas de carácter internacional o interno, de carácter público y privado.

Con real efecto práctico distinguiremos entonces por su grado de eficacia las normas internacionales superiores, en vigor en la comunidad internacional o en grupos menores de Estados, y las normas internas subordinadas a aquéllas, vigentes en determinados órdenes nacionales, y distinguire-

mos también las normas de naturaleza pública, de las de naturaleza privada por su grado de imperatividad.

A la pregunta sobre la ubicación sistemática del Derecho Internacional Privado entre las ramas jurídicas, esto es, si es internacional o interno, si es público o privado, se podrá contestar conforme a las teorías actuales que el Derecho Internacional Privado está compuesto por normas de carácter internacional (Tratados de Montevideo, Acuerdo de Cartagena, Código de Bustamante) y por normas internas (emanadas de las legislaturas nacionales) de naturaleza pública y de carácter privado.

Un ejemplo nos permitirá comprender mejor lo expuesto.

Varias empresas germanas fueron las proveedoras de la integridad del equipamiento de la estación de recepción satelitaria en Mar Chiquita. Las computadoras y codificadoras, así como las registradoras y grabadoras de alta densidad, fueron construidas por MBB Spasse Division de Munich, en tanto que la antena parabólica de recepción satelitaria fue fabricada por la empresa Krupp.

En otro orden, recordamos que empresas alemanas aprovisionaron la planta nuclear de Atucha I, y tras la licitación internacional respectiva se adjudicó la construcción de Atucha II a la Empresa KBV en conjunto con empresas domiciliadas en la República.

Para efectuar la venta de un reactor, el gobierno alemán otorgó el permiso de exportación y posteriormente las sociedades privadas concluyeron la negociación con la Comisión Nacional de Energía Atómica. Debe asimismo tenerse presente que Alemania, como la Unión Soviética, Estados Unidos, Suiza, Gran Bretaña, Francia y otros, son miembros del Club de Londres, en el cual se discuten todas las decisiones de importancia en el ámbito y respecto de los proveedores de tecnología nuclear.

Estas referencias son claras evidencias de la interpenetración de los intereses en juego en una relación jurídica internacional, de la intervención del Estado y de organismos internacionales, del empleo de normas de distinta clase y naturaleza y de la absoluta irrealidad de una categorización rígida de público y privado en el Derecho Internacional.

4. Contenido *.

El contenido de nuestra materia se vincula obviamente con el que de la misma se tenga. Por lo tanto, comprende, según ya dijimos, las materias que conciernen a los derechos de la persona considerada en sí misma, familia, sucesiones, bienes y contratos, actos de comercio, sociedades, quiebras, letras de cambio, cheques, transporte terrestre, marítimo y aéreo, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, extradición, delitos, impuestos, derechos intelectuales, propiedad industrial, patentes y marcas, régimen de inversiones, seguros, importación y exportación, comunicaciones radioteleinformáticas, etc., sin considerar si tales cuestiones entran en la dicotomía apriorística y superada de Derecho público y privado.

Sin duda, es una dirección amplia que se sustenta en su tradición más antigua. Obsérvese que serán los estatutarios quienes analicen los problemas referentes al ámbito penal y procesal, y también en la tradición latinoamericana, Brasil con Pimienta Bueno y Valladao, Méjico con Zavala Arce Algara, Cuba con Bustamante y Matos, Costa Rica con Ortiz Martín, Colombia con Restrepo Hernández, Bolivia con Urquidi y Montero Hoyos, Paraguay con Sapena Pastor, Chile con Vera, Dunker Biggs y Albónico Valenzuela, Uruguay con Gonzalo Ramírez y Carrió —notas a José Pedro Varela—, Argentina con Alcorta, Calandrelli y Vico. Claro que en un comienzo la polémica se centra sobre la inclusión o no del Derecho penal y el procesal.

En orden a la inclusión del Derecho penal en el Derecho Internacional Privado, repetimos aquí y nos remitimos a los conceptos que vertimos en nuestra tesis.

La necesidad de los pueblos de protegerse del avance de la delincuencia que se internacionaliza es el origen o una de las causas más visibles de la formación del Derecho penal internacional. Así, junto a la afirmación de la territorialidad de la ley penal se presentan estas dos cuestiones: la manera de dar eficacia a la represión en caso de que el delincuente traspase los confines del Estado en que se perpetró el delito,

* Biocca, Stella M.: "Nuevos contenidos de D.I.P.", VII Congreso AADI; y "Recomendación", en XII Congreso AADI, Rosario, 1994.

y el ejercicio de la penalidad en caso de delitos cometidos en el extranjero.

El contenido de ese Derecho penal internacional se refiere pues a las reglas que determinan el límite de validez espacial de la ley penal de cada Estado, las reglas referentes al auxilio judicial internacional en la materia, las reglas que siendo internacionales por su origen legislativo prevén y sancionan infracciones de estructura internacional, quedando en cambio excluidas las normas internacionales que sancionan los hechos ilícitos cometidos por los Estados particulares.

En suma, el Derecho penal internacional comprende el conjunto de normas jurídicas cuyo fin es determinar el alcance espacial de eficacia o aplicación de la ley penal nacional o extranjera, ya sea que estas normas se encuentren en la legislación interna o en los tratados internacionales.

Su objeto es, en realidad, someter los hechos ilícitos que tienen algún aspecto internacional a la jurisdicción y a las leyes más conformes con su naturaleza.

Cuando una persona comete en un país un delito que ha de surtir sus efectos en otro, o cuando el delincuente se refugia en otro país para evitar su aprehensión, o cuando el delito afecta a varios países o se trata de delitos conexos en varios territorios, ¿no nos hallamos acaso frente a una relación jurídica con aspecto internacional? ¿Quién se atreve a negar que el Derecho penal internacional se propone someter esos casos al dominio de la ley más conforme a la naturaleza jurídica del hecho, ley que podrá ser la del lugar de perpetración, o la de la nacionalidad del agente, o la de la nación más afectada, o la del lugar de aprehensión, o la de cualquier otra según la tendencia que se acepte?

Oportunamente descartamos las objeciones más importantes en orden al interés. Es fácil advertir que también en la materia civil y comercial el interés general está comprometido, y en cuanto al hecho de que la acción sea pública no se deriva necesariamente de ello que tal sea la naturaleza del Derecho a que se refiere, ya que implica tan sólo una modalidad de ejercicio para realizar el Derecho.

Hemos dicho y lo reafirmamos que el Derecho penal internacional puede ser incluido en el Derecho Internacional

Privado atendiendo al contenido de éste y al objeto de aquél. Por un lado encontramos relaciones con elementos extranjeros que plantean problemas en orden a las normas que lo regulan y a la jurisdicción competente, que el interés comprometido en última instancia pertenece a una persona privada, que la vida, la libertad, los bienes, el honor, constituyen los bienes jurídicos protegidos.

El sujeto de la acción, el delincuente, el hombre, tampoco ha sido perdido de vista; no es un elemento secundario de la relación, ni tampoco despojándolo de todo atributo el Derecho le niega su protección por haber realizado un hecho que resulta criminoso. Por todo ello y pese al calificativo de privado del Derecho Internacional Privado, el Derecho penal lo integra desde que la clasificación sistemática de la ciencia debe hacerse en atención a su objeto. El objeto de la ciencia, y no el nombre, es lo que le da su verdadero alcance y definición.

Ahora bien, encontramos una constante observable en las amputaciones hechas al contenido de nuestra materia, que coinciden con una paulatina y permanente disminución, al menos en nuestro país fácilmente comprobable, del interés por su estudio e investigación, una constante minimización de su importancia cuya gravedad señalamos en nuestros cursos.

1) Se limita su contenido al Derecho civil y al Derecho comercial, excluyéndose el Derecho penal y el Derecho fiscal; paulatinamente se abandona todo lo concerniente al régimen de propiedad industrial, patentes, marcas, importación de tecnología e inversiones extranjeras.

2) Se mutila el propio Derecho comercial internacional excluyendo de su contenido a las sociedades extranacionales o multinacionales.

3) Se excluye todo lo concerniente al comercio exterior.

4) Se lo limita y se centraliza el análisis, la enseñanza y la investigación a los problemas del Derecho civil.

Y así limitado y mutilado, se advierte que no sólo se pierde el interés real por su estudio e investigación, sino que coincide con un debilitamiento de la estructura jurídica de la Argentina que además de endeble es inorgánica, y aunque los planes políticos y los proyectos programáticos se em-

peñan por asegurar a la Argentina un desarrollo económico independiente, la fractura de los mismos con su estructura jurídica hace inevitable una mayor dependencia que postra a la nación en un angustioso estancamiento, creciente endeudamiento externo y falta de rol en el ámbito internacional, agravado por tendencias erráticas en la inserción en la comunidad internacional.

Mientras se centró la problemática fundamental del Derecho Internacional Privado en los "matrimonios mejicanos", se abandonó la esencia del mismo que atañe al alma del comercio exterior de la República, una coincidencia que va dejando inerme al país.

"Durante cincuenta años hemos introducido al país muchos millones de libras esterlinas de capital extranjero y algunos millones de inmigrantes, sin preocuparnos de nacionalizar ni las libras esterlinas ni a los inmigrantes, y estamos en peligro de que unos y otros nos equilibren el gobierno del país por acciones y presiones indirectas. Vosotros, que os enorgullecéis de nuestra independencia al celebrar sus aniversarios, ¿creéis que la independencia de la República Argentina está coronada cuando el agricultor que trabaja en las llanuras, el minero que horada las montañas y el leñador que vive en los bosques no tienen el derecho de exigir por sus productos el precio que marca la ley del intercambio y deben conformarse con el que el monopolio extranjero y la influencia extranjera imponen en tiempo de paz y tiempo de guerra?"... "Estos consejos, señores, deben ser coronados por el magnífico verso de Byron escrito en el pizarrón: Apenas bastan mil años para formar un Estado, pero puede ser convertido en polvo en una hora". Con estas palabras dejó cerrado el curso de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho el entonces titular Estanislao Zeballos en la última clase del 31 de octubre de 1917.

A través del tiempo sus palabras descubren la amarga realidad de nuestros días, y de ahí el auténtico desafío que nos cabe a quienes estudiamos el Derecho Internacional Privado en su plena concepción.

5. Objeto.

Encontramos distintas escuelas en orden al mismo:

Escuela latina: Conforma las clásicas teorías imperantes hasta no hace mucho en Europa y actualmente con una lenta tendencia a su abandono, por el proceso de integración del Mercado Común Europeo.

Entendía que el Derecho Internacional Privado tenía un triple objeto que se analizaba en un orden de prioridad preestablecido: 1) la nacionalidad, 2) el trato al extranjero, 3) el conflicto de leyes, agregando algunos autores un cuarto objeto que es el respeto a los derechos debidamente adquiridos.

La prioridad establecida resulta porque primero debía analizarse la nacionalidad del sujeto de la relación, luego el tratamiento conferido por el derecho al extranjero en orden al goce del derecho que pretendía ejercer, y por último determinar la ley aplicable a la relación.

La segunda escuela es la *Anglosajona;* entiende que el objeto es el conflicto de jurisdicciones y el conflicto de leyes, asigna también un orden de prioridad al acordar primacía a los conflictos de jurisdicción, pues el problema de la ley aplicable, y en consecuencia el conflicto legislativo, será resuelto por el juez tras determinar su propia competencia.

La tercera escuela es la *Germánica,* que entiende que el único objeto del Derecho Internacional Privado es el conflicto de leyes; por tanto la solución estriba en elegir una ley entre varias que pretenden competencia para regir la relación internacional.

El objeto así limitado se vincula con la estructura de la norma del Derecho Internacional Privado que sólo puede ser por tanto formal o indirecta.

Necesita como presupuesto básico la diversidad legislativa; por ello en la actualidad es insuficiente, ya que, como dijimos, la uniformidad legislativa deja subsistente los problemas de conflicto jurisdiccional, de eficacia extraterritorial de los actos administrativos, judiciales, arbitrales.

Dijimos ya que el Derecho Internacional Privado tiene por objeto resolver todo lo concerniente a las relaciones

jurídicas internacionales cualquiera sea la naturaleza o carácter de las normas, que en el Derecho Internacional Privado de nuestros días posee una triple esfera de acción: 1) en el Derecho nacional; 2) en el Derecho internacional; 3) en el Derecho comunitario, y que en orden a la estructura de la norma adoptará, según la política legislativa más adecuada con la materia, a veces la norma directa y otras veces la norma indirecta.

En suma, pensar que el objeto se agota con el conflicto de leyes es tener una visión incompleta del Derecho actual (conf. Vieyra). Lo mismo cabe decir respecto de las relaciones internacionales, si al definirlas sólo consideramos aquellas que tienen un elemento extranjero o extralocal visible u ostensible, en razón de que, como ya hemos advertido, especialmente en la materia societaria, ese elemento aparece oculto o encubierto.

La sociedad extranjera, por ejemplo, ya no establece una sucursal que facilita visualizar la vinculación de la sociedad extranjera con la sucursal establecida en la Argentina, sino que actúa por intermedio de un grupo de sociedades aparentemente locales e independientes entre sí, sin vinculación de dependencia jurídica con la extranjera, al amparo de la teoría de la personalidad.

6. Método.

La concepción que se sustente del Derecho Internacional Privado determina la adopción del método. Por tanto, encontraremos los métodos clásicos que señala la *lógica*, es decir, el inductivo y el deductivo.

Por la inducción se trata de alcanzar, por la vía del conocimiento de los hechos o cosas particulares, la ley o principio que los regula científicamente; así desde el estudio de un hecho se llega a establecer un principio, una norma que se impone o se trata de imponer uniformemente por la fuerza de su esencia o sustancia principista.

Según el sistema de la deducción se llega también por vía del conocimiento a establecer una norma por concepción de un principio o supuesto general, vale decir que es un

método por el cual se procede, a través de una orientación adecuada, de lo que es común o universal a lo que es particular o individual. Fundamentalmente fue utilizado por las corrientes universalistas y apriorísticas (Savigny, Mancini, Laurent).

El método puede ser el analítico, y el objeto de análisis puede ser la relación jurídica o las leyes. Las categorías empleadas para la clasificación pueden ser propias y originales, o bien estas categorías son las utilizadas por el análisis en otras ramas del Derecho.

Los estatutarios clasificaron las leyes y utilizaron categorías originales; así distinguían los estatutos en reales, personales y mixtos. Savigny, en cambio, revierte el análisis a la relación jurídica, pero utiliza las categorías propias del Derecho civil y analiza en la relación jurídica el sujeto, el objeto, la forma, y el fondo del acto.

En 1890, Jitta afirma que el Derecho Internacional Privado puede estudiar las relaciones jurídicas desde el punto de vista de un Estado determinado o bien desde la colectividad de los Estados; el método, pues, será individual en el primer caso, y universal en el segundo.

El método individual se señala por el punto de partida en un determinado Estado y procura el cumplimiento del deber de ese Estado respecto de los individuos que integran la sociedad jurídica universal; es práctico pero restringido en sus formas a la ley, a la jurisprudencia, a la costumbre nacional.

En el método universal se estima que los Estados en su conjunto tienen el deber común de asegurar la aplicación del Derecho privado de la humanidad formulando reglas jurídicas, positivas, universales, fundadas en una común convicción de los Estados relativos al fin social de las relaciones jurídicas, y se manifiesta en la ley internacional, la ley uniforme y el tratado, y concluye Jitta afirmando que no se puede utilizar un método único para resolver cuestiones que se presentan de manera diversa.

Pillet, en 1891, desenvolvió la idea de un método general destinado a crear un sistema internacional y racional de Derecho Internacional Privado, y lo continuaron, en Alema-

nia, Zitelmann, Frankestein, y posteriormente, por razones diversas, Maridakis.

En una corriente denominada positivista, Niemeyer se colocó básicamente en orden al método desde el punto de vista del Derecho interno de cada Estado influyendo en la doctrina nacionalista de la Alemania del siglo XX, durante las tres primeras décadas; Lewald y Melchor son ejemplos.

En Italia se orientan como positivistas Anzilotti —aunque luego el principio se atenúa en este autor—, Marinoni, con quien esta corriente alcanza su más alto grado —"la universalidad del orden jurídico estatal", "son irrelevantes los ordenamientos jurídicos de otros Estados y la norma jurídica internacional"—, Paccioni y Ago. En Inglaterra, Dicey; en E.E.U.U., Beale.

Luego se darán los métodos experimentales y pragmáticos (Lorenzen, Coock) y el sintético judicial (Goldschmidt).

Coock, quien utiliza como método el experimental, hará la observación de lo que los jueces dirán, y por tanto concluirá que el tribunal no aplica ni la ley ni el Derecho extranjero, sino que adopta como su ley una regla idéntica o semejante a la de aquél, dando fuerza pues a un Derecho creado por la propia *lex fori*.

El último paso de esta doctrina extrema se encuentra en las recientes orientaciones de Albert Ehrenzweig y de Currier. Del primero, ponencia del VI Congreso Internacional de Derecho Comparado, Hamburgo, 1962, que defiende como regla fundamental el principio de la *lex fori* en un desesperado nihilismo.

Otro método empleado es el normológico, que centra el problema en el estudio de la estructura de la norma y parte de la norma indirecta.

La misma comprensión del Derecho Internacional Privado de un conjunto vasto y complejo de relaciones jurídicas torna imposible la adopción de un método único y exclusivo.

Hay una tendencia actual a concluir con toda posición metodológica extremista. Así se rechazan tanto los excesos de los métodos deductivos que originaron las doctrinas apriorísticas y que partiendo de dos o tres postulados pretendían deducir todas las soluciones, como de la reacción

opuesta del puro método inductivo que, condenando cualquier regla de principio general, sólo admite soluciones creadas para cada especie en un casuismo anárquico y en un particularismo impropio. Se advierte un predominio de las posiciones eclécticas en la doctrina actual que sin opciones exageradas reconoce las limitaciones de cada método y la necesidad de su complementación.

Por ello es preferible la formulación de principios y reglas con posibilidad de evolución y la creación de nuevos en razón de también nuevos comportamientos humanos, políticos, económicos, sociales, etc. Como método tanto de investigación como legislativo estuvo en boga, y perdura, el método del modelo matemático. Se parte de la idea de que la regla jurídica es una abstracción, que al lograr un grado de perfeccionamiento técnico-jurídico, puede ser aplicada en cualquier Estado.

Se utiliza este método cuando se toman como propios los antecedentes legislativos de otros Estados, aun aquellos de características socioculturales diversas, o se supone que una regla jurídica por el perfeccionamiento técnico-jurídico alcanzado es aplicable tanto en Europa como en África, en América como en Asia, sin atender a sus diferencias, de países exportadores o importadores, de desarrollo avanzado o subdesarrollado, etc.

En oposición a este método se utiliza el denominado "método de campo", que considera las variables políticas, económicas, sociales y culturales para la formulación de una regla adecuada. Con él se obtienen principios y reglas que se asientan y se corresponden con la realidad a regular. Ambos métodos deben tenerse en consideración: Si se pretende formular una regla internacional multilateral (referida, por ejemplo, al régimen uniforme de papeles negociables o transporte), el método matemático parece ineludible, pero en la formulación, en cambio, de las reglas de origen legislativo nacional o convencionales bilaterales, el método de campo es el más adecuado.

En cuanto método de investigación, nos decidimos por el de campo en las diversas materias económicas comerciales y financieras, así como en materia civil y conexas el método de Savigny mantiene plena vigencia, habida cuenta de que

en definitiva el análisis de las variables políticas, sociales, culturales y económicas conducirá a la formulación más adecuada a la situación fáctica destinada a reglar.

7. Autonomía.

Aceptado por la mayoría de los autores que el Derecho Internacional Privado posee autonomía científica, pues tiene su propio método para resolver sus diversas cuestiones específicas, falta sin embargo materializar esta autonomía en la legislación, dado que en la Argentina las normas de Derecho Internacional Privado se encuentran como introducción o normas de aplicación, dificultando esta metodología la correcta interpretación y aplicación de las reglas de Derecho Internacional Privado a la luz de sus principios específicos.

A modo de ejemplo mencionamos a los países en los que el Derecho Internacional Privado tiene autonomía legislativa: Polonia, año 1926 y 1965; Siam, 1939; Corea, 1962; Checoslovaquia, 1948 y 1963; Venezuela, 1963.

Si bien se advierte que pocos países lograron acordar autonomía legislativa al Derecho Internacional Privado, esta carencia poco significa en países de arraigada tradición de estudios internacionales, mas en el nuestro es recomendable no sólo acordar autonomía legislativa a las reglas del Derecho Internacional Privado sino especializar tribunales, pues la tradición foral no es favorable a una debida evolución de los institutos internacionales, teniendo en cuenta que el juez debe aplicar las normas de conflicto del Estado y en su caso las normas extranjeras o bien las reglas internacionales elaborando sus construcciones con los principios propios de la materia.

8. Finalidad.

Es opinión común que la finalidad del Derecho Internacional Privado es garantir la seguridad jurídica en el ámbito internacional y proteger al hombre en el seno de la

sociedad universal respetando su condición de ser sociable y libre.

Es el Derecho universal del hombre porque está destinado a regir su personalidad civil en todas sus fases como miembro de la humanidad (Calandrelli y Vico). Zeballos nos dirá en *Justicia internacional positiva* que protege la libertad civil del hombre, la libertad de conciencia, etc. Es el Derecho privado humano que deriva inmediatamente de la conciencia jurídica de la humanidad, la cual ha dejado de ser antropológica o teorema de alta filosofía del Derecho para convertirse en un concepto positivo que demuestra la existencia de la sociedad jurídica de las naciones.

Tiene por fin el respeto y amparo de la personalidad humana, protegiendo al hombre en el desenvolvimiento de su actividad sobre el planeta y fijando el límite de su acción en la conservación del Estado.

La determinación del dominio jurídico a que deben someterse las relaciones internacionales se inspira en el augusto propósito de lograr el verdadero equilibrio entre el individuo y el Estado, entre la facultad individual y el poder social. Las diferencias y contrastes jurídico-socio-económicos golpearon cada vez más fuerte en la conciencia jurídica determinando tanto en lo interno como en lo internacional nuevos objetivos.

Primero se advirtió un proceso que modificó la noción clásica de justicia así como también en el Derecho una tendencia que va desde la incorporación del ingrediente social hacia la integración internacional como vía concreta de mayor justicia en el campo internacional.

La justicia social, tanto desde el punto de vista católico cuanto del ecuménico, se sustenta en el cumplimiento de las obligaciones que nacen de la solidaridad, y como precepto de la ley moral, y en tanto primer estadio, busça disminuir el contraste agudo entre la prosperidad y el alto confort en las minorías sociales y la vida miserable e infrahumana de sectores mayoritarios, entre provincias prósperas y otras detenidas o pauperizadas, entre Estados altamente desarrollados y otros subdesarrollados. Surgió así la necesidad de incorporar nuevo contenido al valor justicia que pasó a deno-

minarse justicia social, lo cual se lo enfatiza interna y externamente por distintos autores de América Latina (ver al respecto lo expuesto por los juristas de la integración sin violencia en Brasil 1968 —Separata de Haroldo Valladao—).

La socialización del Derecho en el orden interno está fundada sobre una auténtica solidaridad social y producirá lo que hemos denominado el primer estadio en la evolución del Derecho y de sus fines, la consideración de los derechos sociales; pero no basta proclamar estos derechos sociales si en el mundo continúan ahondándose las desigualdades entre los individuos, las empresas, las provincias, los Estados, las naciones.

Al advertir esta nueva problemática había que buscar entonces realizar una solidaridad internacional. En suma, producir una evolución del individualismo a ultranza sin conciencia social solidaria que deriva del precepto de amar al prójimo, al ideal de humanización del Derecho interno y del Derecho internacional en los estadios consiguientes que son socialización, desarrollo, integración bajo la égida de la justicia social.

En consecuencia, la clásica finalidad del Derecho Internacional Privado de lograr la seguridad jurídica en el ámbito internacional se mantiene con el contenido nuevo del valor "justicia" al cual se apunta.

Desde otro punto de vista, habrá que tomar diversos valores jurídicos también de carácter superior.

Dado que es difícil sostener que la justicia es la inspiradora de normas indirectas, pues por su funcionamiento se desconocen las soluciones materiales a que conducen, se afirma que el valor considerado es la seguridad jurídica.

También se ha sostenido que el valor en cuestión es el bien común de la sociedad internacional, cuya realización práctica exige facilitar el tráfico jurídico internacional.

Nosotros creemos que el Derecho Internacional Privado no tiene una única finalidad, en razón de la amplitud y variedad de su objeto.

En el origen y durante su posterior desarrollo, y hasta bien entrado este siglo, su finalidad atendía casi exclusiva-

mente a las personas físicas y extendió las razones de su protección a las personas privadas.

Ello se compadecía con las características del desarrollo comercial, si bien parece difícil asimilar el tráfico de las ferias medievales con el industrialismo del siglo XIX.

Pero esa finalidad extendida por analogía es a todas vistas insuficiente frente a la diversidad y complejidad de las cuestiones económicas, financieras, tecnológicas y científicas que conmueve a la comunidad desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

En esta corriente se enrolan diversos autores: Graveson, Rabel, Cheatman, quienes centran su atención en las finalidades del Derecho internacional. Yntema analiza entre ellas: atenuación de conflictos, previsibilidad de las consecuencias jurídicas, expectativas razonables de las partes, uniformidad de consecuencias sociales y económicas, respeto de los intereses de los otros Estados y principio de la justicia comparativa.

Dos son a nuestro entender las finalidades del Derecho Internacional Privado. Una, la protección de la persona en sus desplazamientos por los diversos territorios, es su más alta finalidad: la protección de la personalidad humana. La segunda es la protección de los intereses nacionales. Los intereses protegidos son tanto los intereses públicos cuanto los privados; los intereses del Estado y los de las personas privadas, bastando que los intereses sean nacionales; es decir, aquellos intereses constitutivos del proyecto nacional, que no son sino los que se adecuan a la escala jerárquica de los valores asumidos por cada comunidad nacional.

Una lectura superficial puede dar la impresión de que lo expuesto es contradictorio por esencia con el Derecho internacional. Sin embargo, ello concuerda si admitimos que en la actualidad hay una real interdependencia internacional; por consiguiente, ella sólo se obtiene si se respetan los intereses nacionales. Cuando dichos intereses no son respetados, el equilibrio internacional desaparece y la interdependencia degrada en una forma anómala.

Así como —utilizando las palabras de Paulo VI— el desarrollo es el nuevo nombre de la paz, el único camino para obtenerla es procurar que la interdependencia sea real

y efectiva mediante sistemas que tengan por adecuada finalidad la protección de los intereses nacionales.

Uniformidad y armonía legislativas.

Para lograr esta meta, para dar dirección práctica a esa finalidad, se han propuesto dos caminos o medios que tienden a su logro: La armonía legislativa y la uniformidad legislativa, que siendo los modos de obrar son los métodos de codificación de esta materia. La armonía legislativa consiste en la unificación de las reglas indirectas que tienen por objeto determinar el derecho aplicable. Es el método que se utiliza con el fin de mantener la diversidad legislativa sustancial en aquellas materias fuertemente influenciadas por las peculiaridades de cada comunidad. Las materias referidas al Derecho civil son precisamente las que mantienen estas características; como ya hemos dicho, el método es asimismo complementario de la uniformidad.

Los Tratados de Montevideo utilizaron este método de codificación, que por otra parte fue de utilización común a fines del siglo pasado y principios de éste.

Cuando en estos Tratados se establece que el estado y la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, o que los derechos personales del matrimonio están sujetos a la ley del domicilio, el fin perseguido ha sido lograr una armonía legislativa en virtud de que todos los Estados ratificantes de estos Tratados tendrán unificada la regla indirecta, pero mantendrán la diversidad legislativa sustancial; esto es, la Argentina determinará la definición, el alcance y el régimen de los derechos personales del matrimonio, los cuales podrán ser distintos de los establecidos en el Uruguay, manteniéndose por lo tanto el localismo propio de este tipo de normatividad.

La uniformidad legislativa se produce por la uniformidad de las normas sustanciales, y la legislación será por tanto idéntica en su sustancia y contenido; este método de la uniformidad es más adecuado para regular ciertos insti-

tutos de relaciones económicas, por ejemplo, papeles de comercio, letra, cheque, transporte.

Las referentes a cuestiones procesales y a ejecución de sentencia extranjera suelen tener estas prescripciones; por ejemplo, la cláusula de que el deudor debe ser citado regularmente. Gran número de ejemplos tenemos en los convenios y proyectos de convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que aunque durante mucho tiempo se ha limitado a unificar reglas de conflicto, recientemente redacta textos que contienen normas materiales.

El Convenio de Procedimiento Civil del 1/3/54; el Convenio de 1955 que regula los conflictos entre la ley nacional y la del domicilio y que define a éste; el Convenio sobre la Ley Aplicable a las obligaciones alimentarias con los menores del 24/10/65 (su artículo 1º determina qué se entiende por hijo y dice "que lo es todo hijo legítimo, ilegítimo o adoptivo no casado y menor de 21 años cumplidos"); el convenio sobre protección del menor del 5/10/61; en los Tratados de Montevideo el artículo 5 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 define el domicilio.

Son uniformidades relativas, pues en sentido amplio se establecen reglas por las que los Estados se comprometen mediante tal acuerdo a insertar tales normas en su Derecho interno para sustituir a las de éste y que pueden aplicarse tanto en las relaciones con Estados contratantes como no contratantes.

La norma unificada puede aplicarse a las relaciones con Estados no contratantes, como las Convenciones sobre Ley Uniforme, sobre la Venta Internacional de objetos muebles corporales del 1/7/64, La Haya, y de la Ley Uniforme sobre la formación de los contratos de venta internacional de objetos muebles corporales, de la misma fecha.

Estos convenios se aplican a las relaciones internacionales independientemente de su localización en los Estados contratantes.

El método es utilizado en los transportes y en general en el comercio internacional, en la propiedad industrial e intelectual y en la tutela de intereses urgentes, como, por ejemplo, la protección de menores.

Estas reglas pueden también emanar de sentencias de Tribunales Arbitrales Internacionales, por ejemplo los Arbitrajes de Lord Asquith en el litigio entre el Jeque de Abu Dhabi y la Sociedad Petroleum Development Ltd. del 28/8/51 y el de la Aramco - Tribunal Mixto 23/8/58, publicada en "Revue Critique D.I.P.", v. LII de 1963 y de 1964.

En algunos casos derivan de tribunales nacionales, como ocurre en los países del Common Law Británico donde el Comité Judicial del Consejo Privado tiene una competencia que se extiende no sólo regionalmente sino también universalmente.

Las reglas uniformes son deseables en ciertas materias del Derecho de obligaciones, la venta, la representación, los contratos de trabajo, los de banca y seguros, pero no en el Derecho de familia, rebelde a la unificación, como el Derecho sucesorio y el de los bienes.

La unificación se hace más fácilmente en aquellos países donde una institución jurídica nueva no ha tenido tiempo de enraizar; así el Convenio de Varsovia de 1929 sobre transporte aéreo, que está en vigor en muchos Estados sin distinción de tradición jurídica a la que no pertenecen las nuevas reglas.

Por ello, la diferencia en las materias y la dificultad en aquellas en las que se siente una gran influencia de elementos tradicionales como la familia, los bienes y la sucesión.

En el otro extremo está el Derecho de las obligaciones y el de la propiedad inmaterial, cuya unificación se ve facilitada si se desarrolla en el marco de una organización internacional, como ha ocurrido con el proyecto del Código Franco Italiano de las Obligaciones de 1927, que sirvió de base al Código Libanés de Obligaciones y Contratos de 1934, o en el Benelux con la Ley Uniforme de Marcas Comerciales del 19/3/62. En este ámbito cabe recordar la creación de la Comisión Tripartita para el estudio de la Unificación del Derecho (17/4/48), a la que se debe el Proyecto de Ley Uniforme de Derecho Internacional Privado del 18/5/1951 y otros varios en materia de derecho privado. El 5/11/1955 se firma otro por el que se crea un Consejo Consultivo Interparlamentario.

La unificación en los países escandinavos se ha manifestado por la reducción de una serie de proyectos de ley uniforme. Los primeros fueron sobre Derecho Cambiario, reemplazado hoy por los de Ginebra de 1930, el Derecho Comercial codificado en términos casi iguales por la ley sueca de 1887, danesa de 1889, finlandesa de 1895 y Noruega de 1890. En 1960 y 1961 se promulgaron en Dinamarca, Suecia, Noruega y Finlandia leyes unificadas sobre Derecho de Autor y entre 1959 y 1961 sobre Marcas Registradas.

Puede verse como ejemplo de unificación el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo progresivo del Derecho Mercantil Internacional (Naciones Unidas Asamblea General documento A - 6393 del 23/9/1966). Para la unificación del Derecho Privado en África: las Conferencias de Londres, 1959-60 y 1963; Dar - Es - Salam, 1963; Venecia, 1963; Ibadam, 1964. En Sudamérica el Acuerdo de Cartagena de mayo de 1969 y las Decisiones sobre Régimen de Capitales Extranjeros y Sociedades Multinacionales, decisiones 24 y 46.

Es decir que corresponde agregar las unificaciones a escala regional, como por ejemplo la de la Comunidad Económica Europea o las dadas en virtud del Tratado General de Integración de Managua de 1960.

A fin de obtener un método que evite la dispersión de los esfuerzos, hay tentativas en orden al mismo por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado en los Congresos de Barcelona, 1956 y Roma, 1959 y 1963.

El Sexto Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado —Upsala, 1966— consideró deseable la creación de un órgano consultivo general regular a fin de coordinarlo. Tal misión podría ser cumplida por la Conferencia de La Haya, por el Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Privado y por las Naciones Unidas a través de su Comisión Jurídica o algún órgano de ésta.

En efecto, el 8 de setiembre de 1964, Hungría propuso al Secretario General de las Naciones Unidas que la Asamblea General estudiara las medidas a tomar para conseguir el desarrollo progresivo en el ámbito del Derecho Internacional Privado, particularmente con objeto de pro-

mover el comercio internacional. La base era la necesidad de estimular el comercio internacional, especialmente con los países del Este europeo.

En 1965, la Asamblea aprobó la resolución 2102, que destaca como uno de los fines de las Naciones Unidas el de ser centro de armonización y de unificación del Derecho comercial internacional. Por su parte, la resolución 2205 observa la insuficiencia de la coordinación y de la colaboración entre las organizaciones interesadas, por lo que convendría que las Naciones Unidas desempeñaran un papel más activo, a cuyo efecto se establece la Comisión de Derecho Mercantil Internacional que tendrá como objeto promover la armonización y unificación a través de la coordinación de la labor de las organizaciones que realizan estas actividades, participación en los convenios internacionales existentes, aprobación de nuevos, leyes modelos y leyes uniformes, codificación de condiciones y prácticas comerciales, de procedimiento, de difusión, sobre jurisprudencia y legislación nacional, y de colaboración con la Conferencia de Naciones Unidas (Antonio Marín López, Rev. Esp. y Am. nº 18).

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, cuya primera sesión se celebra en 1893, se ha convertido con la entrada en vigor de su estatuto del 15 de julio de 1955 en una organización internacional de reducido número de Estados, que es en parte una institución científica y una reunión de diplomáticos a los que se agregan representantes de organismos internacionales.

El paso de institución internacional a organismo internacional no la ha convertido, sin embargo, en una organización regional, ya que a la misma pertenecen no sólo Estados europeos sino también Estados del Medio Oriente, como Israel o Turquía, del lejano Oriente, como Japón, y de América, como los Estados Unidos. En cuanto al método seguido por la Conferencia, es decir, la adopción del clásico de convenio internacional, o el de leyes modelo, parecería que en los tiempos recientes se ha descartado el último —el interés por el mismo se ha desvanecido en los últimos años—, es decir que no ha encontrado eco la propuesta de E.E.U.U. en cuanto al método de leyes modelo propuesto en 1956.

La XI Sesión de la Conferencia de La Haya 1968 no ha vuelto a abordar el tema de las leyes modelo, con lo cual parece que el mismo se abandona retornándose al clásico de convenio internacional.

9. Fuentes.

Al referirnos a este tema, lo hacemos en el sentido de fuentes del Derecho positivo, sin atender al sentido de "fundamento de la realidad del ordenamiento" propio de la filosofía del Derecho, o a los antecedentes históricos del Derecho.

Por consiguiente, enunciamos las siguientes fuentes del Derecho Internacional: principios generales del Derecho internacional, jurisprudencia, doctrina, costumbre, tratado y ley.

En esta materia reviste particular trascendencia como fuente la jurisprudencia, no sólo nacional sino también la de los Tribunales internacionales.

También son fuente importante la costumbre internacional y los usos comerciales regionales e internacionales.

Pero el tema más importante que se presenta en materia de fuentes es la relación entre las mismas en atención a su origen nacional o internacional; es decir, la cuestión vinculada al problema de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional.

A fines del siglo pasado se perfila el comienzo de una controversia que alcanza su punto más álgido en el lapso que media entre ambas guerras mundiales, cuando el debate entre los sostenedores de la teoría dualista y los del monismo se caracteriza por sus términos rígidos, intransigentes y polémicos.

Ambos grupos incurren en errores y excesos que determinan posteriormente la revisión de las respectivas teorías, al par que se acentúa el interés por el logro de soluciones objetivas que, adecuándose a la realidad, trascienden las posiciones dogmáticas.

La teoría de Triepel, de la separación rigurosa entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional,

denominada por ello dualista o también pluralista pues reconoce absoluta autonomía a los distintos órdenes jurídicos en tanto proceden de fuentes diversas, de voluntades diferentes, se afirma en los cuatro principios que formula Anzilotti.

De ellos, sólo dos interesan al tema en estudio:

1) El que establece que "las normas internacionales no influyen sobre el valor obligatorio de las normas internas y viceversa", y por lo tanto la necesidad del proceso de transformación de la norma internacional, mediante una norma interna, a fin de acordarle eficacia en el ámbito interno.

2) El principio que dice: "No existe posibilidad de conflicto en sentido propio, entre el Derecho interno y el Derecho internacional". En consecuencia, se admite sin dificultad alguna el valor jurídico del Derecho interno contrario al Derecho internacional.

La concepción opuesta sostiene la unidad del sistema jurídico compuesto por todas las reglas, tanto las del Derecho interno como las del Derecho internacional. Kelsen expone la teoría de la pirámide de las normas. La norma-base hipotética, en la alternativa que ofrece la razón de validez en la primacía del Derecho internacional, es la norma internacional de la Comunidad de Naciones.

Verdross acepta el normativismo de Kelsen, pero basa la primacía del Derecho internacional no en una norma hipotética sino en un valor de justicia objetivo y absoluto como la regla *"pacta sunt servanda"*, tendencia a la que adhiere Kelsen con la fórmula *"consuetudo est servanda"*.

La doctrina monista con primacía del Derecho internacional se afianza en la doctrina; la base última estará para unos en "la imperiosidad de la vida social" y para otros en el derecho natural (Conf. Duguit y Scelle entre los primeros; Brierly y Valladao entre los segundos).

Puede afirmarse que el monismo desplazó a la teoría dualista y que constituye una característica preponderante de los sistemas jurídicos contemporáneos.

Esta realidad se confirma con las palabras de Quadri al decir que "el pensamiento científico encuentra excesivas dificultades para concebir la existencia de los distintos órdenes jurídicos desvinculados, disociados, y en especial

fuera de Italia, donde la doctrina monista está tan profundamente arraigada, que la tendencia dualista propia de la doctrina internacional italiana, a partir de Anzilotti, parece ser la causa de su aislamiento y hasta motivo de sospechas ideológicas en el plano político".

Sin embargo, esta dicotomía que en general resuelve la adopción del principio de la incorporación automática de las reglas positivas de Derecho internacional, o por el contrario, de la doctrina de la transformación, es insuficiente para definir por sí las soluciones propuestas en orden a las cuestiones comúnmente agrupadas bajo la denominación de "Derecho Constitucional Internacional", conflictos entre los tratados y las leyes constitucionales, relaciones jerárquicas entre los tratados y leyes comunes (no constitucionales), responsabilidad internacional del Estado, sanciones, etc.

En efecto, el tratamiento de estos problemas determina distinciones dentro de la teoría monista —en su noción más amplia—; así, se diferenciará el monismo absoluto del moderado; o por otros aspectos se distinguirá:

1) Monismo con primacía de Derecho internacional.
2) Monismo con primacía de Derecho interno.
3) Teorías de la coordinación. Principalmente la que equipara los tratados con ciertas leyes —federales, v.gr.— pertenecientes a una categoría superior, y establece la igualdad jerárquica de las mismas.

I) *Las soluciones del conflicto entre el tratado y la ley, en las distintas teorías monistas.*

Las tres tendencias informan sobre los distintos principios de solución y concretamente respecto al tema: modificación o derogación del tratado por ley posterior; pero debemos advertir desde ya sobre la falacia de la segunda tendencia y los peligros que implica la adopción del criterio que acuerda primacía al Derecho interno, causa evidente del general rechazo por parte de la doctrina más caracterizada y razón asimismo de la velada forma con que esporádicamente aparece en alguna que otra jurisprudencia.

Conforme a esta teoría del monismo con prevalencia del Derecho interno, la ley posterior no sólo puede modificar o derogar un tratado anterior, sino que inclusive una ley anterior obstaría la entrada en vigor de un tratado posterior aprobado y ratificado, tal como la ley impide la vigencia de una norma inferior (decreto, resolución, ordenanza) incompatible o contraria a aquella a la cual debe sumisión en virtud de la relación jerárquica.

La teoría que acuerda primacía al Derecho interno mal llamada monismo, pues es un falso monismo ya que en última instancia admite una pluralidad de órdenes jurídicos internos, implica por otra parte el absurdo de desconocer el principio de la continuidad de las obligaciones internacionales y de la eficacia de las restantes fuentes que no dependen de la voluntad gubernamental (costumbres, principios generales), al atribuir al Derecho internacional fundamento meramente constitucional.

Incurre en excesos evidentes que conduce a su comparación con la teoría dualista, ya que al exagerar "la universalización del orden jurídico estatal" se vuelve contra la realidad, como sucedió con la absoluta independencia del Derecho interno que preconizara aquélla.

Respecto del tercer grupo: teorías de la coordinación, es dable advertir que el mismo puede desdoblarse en:

a) Una tendencia armonizadora del orden jurídico del Estado con el internacional y cuyo doble objetivo persigue tanto preservar la autonomía y resguardar los legítimos intereses de cada Estado como lograr el respeto "efectivo" del orden internacional. Constituye, en suma, un conjunto de soluciones realistas que integran la teoría monista con primacía del Derecho internacional.

En rigor, no es sino la teoría monista con primacía del Derecho internacional en su versión actual, despojada de todo dogmatismo y de los excesos del logicismo inicial, por entender que no se adecuaba a la realidad o bien la desconocía, como, por ejemplo, cuando suponía erróneamente que la afirmación de la existencia del Derecho

internacional conducía necesariamente a la negación de atributos de existencia o personalidad del Estado y viceversa.

b) En cambio, la tendencia que sostiene la igualdad jerárquica del tratado y la ley, si bien parece aceptar similares principios, debilita peligrosamente el pretendido equilibrio, en provecho en última instancia del Derecho interno; esto se manifiesta especialmente en caso de conflicto suscitado entre un tratado anterior y una ley posterior.

En efecto, como consecuencia lógica del monismo con primacía del Derecho internacional, la ley posterior dictada por un Estado no puede modificar ni derogar el tratado vigente con anterioridad, que por otra parte tiene su específica forma de modificación y sólo pierde su eficacia interna si pierde la internacional, por la vía pertinente (ej., denuncia).

Por el contrario, para quienes sostienen la equiparación jerárquica es principio axiomático, o así lo entienden, que la ley posterior deroga la anterior. En consecuencia, la ley posterior puede modificar o privar de eficacia interna al tratado anterior cuando resulte incompatible con dicha ley.

De ahí que interesa diferenciar bien estas dos tendencias agrupadas bajo la denominación de teorías de la coordinación, ya que la primera asegura y perfecciona la teoría monista con primacía del Derecho internacional, mientras que ésta última crea un peligroso debilitamiento del Derecho internacional.

La jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a partir de 1963 (en autos "Martín y Cía. Ltda. c/Adm. Gral. de Puertos") es un ejemplo de ese peligro.

Alejándose de la que bien puede llamarse "opinión común" de la doctrina argentina, incorpora los mismos fundamentos de algunos autores y fallos norteamericanos.

Por ser antecedente y fundamento casi textual de la jurisprudencia actual de la Corte Argentina transcribimos los términos de un fallo de la Suprema Corte de los Estados

Unidos de América: "por la Constitución, el Tratado ha sido colocado en el mismo plano y crea la misma obligación que el acto legislativo. Ambos son calificados como ley suprema del país y no se da superior eficacia a una respecto del otro. Cuando ambos tratan del mismo asunto y son incompatibles, el de fecha posterior predomina sobre el otro. Si el país con el cual se concluyó el Tratado no está satisfecho con la acción del Cuerpo Legislativo, puede presentar sus quejas al Jefe del Poder Ejecutivo y tomar las demás medidas que considere esenciales para la protección de sus intereses. Los Tribunales no pueden remediar esta situación" ("Whitney c. Robertson", 1888; Briggs Law of Nations; y V. Hackworth Digest of International Law, t. I, 24). Posteriormente se registra el caso "Chae Chan Ping c. Estados Unidos", Fenwick, Cases on International Law, 176.

La Corte Suprema Argentina, en el caso "Martín" afirma que la Constitución Nacional no atribuye prelación ni superioridad a los tratados respecto de las leyes. Ambos son igualmente calificados como ley suprema de la Nación (Considerando sexto).

Adopta expresamente la solución expuesta por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana en relación a la "supremacy clause" de la Constitución de E.E.U.U., la cláusula 2 del art. VI, texto análogo al art. 31 de nuestra Constitución.

También se funda en la doctrina y jurisprudencia de aquel país, al determinar como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica, la plena aplicación del principio *"leges posteriores priores contrarias abrogant"*. En consecuencia, resuelve que la ley posterior es modificatoria del Tratado celebrado y ratificado con anterioridad a aquella ley. ("Fallos", 257:99).

El Alto Tribunal revoca la sentencia de la Cámara Federal de Rosario del 16 de junio de 1959, que por el contrario decidía la prevalecencia del Tratado.

Posteriormente se ratifica el criterio sentado en el caso "Martín" por la Corte en su anterior integración, al resolverse en igual sentido el caso "Esso S.A. Petrolera Arg. c/ Gob. Nacional". En este fallo, del 5 de junio de 1968, la Corte Suprema invoca los mismos fundamentos sin aportar nuevos

elementos de convicción, a pesar de las severas críticas que suscitara la primera decisión ("Fallos", 271:7).

Entre las razones dadas por la doctrina criticando la concepción de la Corte, se dice —contrariamente a lo manifestado por el tribunal— que el orden de prelación del art. 31 de la Constitución Nacional no señala expresamente en qué plano jerárquico está el Derecho internacional dentro del Derecho federal, siendo inadecuado extraer tal conclusión sobre la base exclusiva de la mención en primer término a "las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten..." y la referencia posterior a "los tratados con las potencias extranjeras...". En suma, si bien es cierto que la Constitución no establece expresamente jerarquía prevaleciente, tampoco determina la igualdad que pretende la Corte.

En el orden administrativo, en cambio, se prefiere el criterio de prevalecencia de los tratados en los conflictos con las leyes posteriores incompatibles. Conforme dictamen de la Procuración del Tesoro, en el Exped. 28.552/61 Relaciones Exteriores y Culto —1963— t. 84, 151.

Asimismo, el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas resuelve no sólo la incorporación automática de la Convención sobre consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraerlo y registro de los matrimonios; fechada en Nueva York el 7 de noviembre de 1962, ratificada posteriormente y en vigor a partir del 27 de mayo de 1970; sino que al referirse a la regulación de los matrimonios por poder en la ley de matrimonio civil nº 2393, afirma: "Cualquiera sea la interpretación que se atribuya a las normas de la ley, la Convención internacional prevalece sobre la ley". Criterio que ratifica el manifestado el 14 de octubre de 1968 en el Exp. 27.082/68 D.O.I. Ministerio Relaciones Exteriores y Culto (Resolución O.A. nº 16/70 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del 28 de abril de 1970).

Estos antecedentes indican que la Argentina aún mantiene en la esfera administrativa los principios sostenidos por su doctrina, respecto a la relación jerárquica, en cuanto acuerda al Tratado prevalencia sobre la ley.

Por último corresponde examinar dentro de la teoría monista con primacía del Derecho internacional o monismo

propiamente dicho, las diferencias entre el monismo absoluto y el moderado.

Llámase monismo absoluto a la concepción según la cual el Derecho internacional prevalece sobre todo el orden jurídico interno, aun sobre la Constitución del Estado, de manera tal que el Derecho internacional no sólo se incorpora automáticamente, sino que deroga *ipso facto* e *ipso iure* toda disposición contraria de orden interno aunque sea de carácter constitucional.

En esta tendencia se inspira la Constitución de los Países Bajos de 1956, y resulta no sólo declarada y asegurada teóricamente sino también fácticamente, al coordinarse la aplicación de las normas estatuidas en los artículos 60 y 63 a 66.

Califícase monismo moderado al que excluye de la primacía atribuida al Derecho internacional a la Constitución, la cual se mantiene prevaleciente. Algunos autores limitan la prevalecencia a ciertas disposiciones constitucionales, otros a todas las leyes constitucionales cualquiera sea su contenido.

Otra solución es la adoptada por algunas constituciones que, previendo el conflicto, establecen requisitos especiales para la conclusión de dichos tratados que importan la revisión constitucional.

II) *La recepción de estas teorías en la legislación y la jurisprudencia comparadas.*

En la Constitución de Alemania Occidental de 1949 se establece que las reglas generales de Derecho internacional forman parte del Derecho federal, tendrán prevalecencia sobre las leyes y crearán deberes y derechos directamente para los habitantes del territorio federal (art. 25).

La Constitución de Austria contiene una disposición similar.

En Francia, la Constitución de 1946 y luego la de 1958 acuerdan a los tratados autoridad superior a la de las leyes (art. 55). Por su parte, el art. 54 estatuye que cuando un tratado contenga disposiciones contrarias a la Constitución,

declaración que reserva al Consejo Constitucional, sólo podrá ratificarse después de la revisión constitucional.

La jurisprudencia de España prolonga y mantiene la antiquísima tradición de sus antecedentes legislativos, y del que incluso se considera fue el primero: el Real Decreto del 8 de agosto de 1864, que establecía "... un Real Decreto aunque sea posterior a un tratado o convenio, no lo altera, en atención a que no puede modificar por la sola voluntad de una parte y sin la aquiescencia de la otra, lo estipulado en un pacto bilateral".

Posteriormente lo proclamó la Constitución de 1931 (art. 65).

Y actualmente perdura en su doctrina judicial que acuerda preeminencia a los tratados.

En Luxemburgo, la jurisprudencia ha establecido que los tratados poseen jerarquía prevaleciente aun respecto a las leyes dictadas posteriormente y que resultaren incompatibles.

La Corte Suprema, en el fallo del 14 de julio de 1954, afirma: "El tratado es una ley de esencia superior, teniendo un origen más alto que la voluntad de un órgano interno".

El Tribunal de Luxemburgo declara enfáticamente la mayor intensidad normativa del tratado.

Con respecto al Brasil se señala que tanto en 1913 como en 1934 procedió a denunciar los tratados y convenciones vigentes, de conformidad con lo establecido por los mismos al efecto, en virtud de que las normas constitucionales posteriores contrariaban las contenidas en los tratados anteriores a la modificación constitucional (que estableció la prohibición de extradir a los brasileños).

Asimismo la jurisprudencia del Supremo Tribunal declaró la supremacía de los tratados respecto a las leyes, ya sean anteriores o posteriores.

Es el mismo principio que recoge la ley 5172, del 25 de octubre de 1966, estableciendo que los tratados revocan o modifican la legislación tributaria interna, así como también ordena que las "leyes posteriores deberán observar aquellas normas internacionales" (art. 98).

También se manifiesta en favor de la supremacía de los tratados la jurisprudencia de México.

No hay acuerdo entre los autores respecto a la tendencia predominante en la jurisprudencia inglesa, irlandesa, en el Estado de Israel, en los tribunales de África del Sur y en aquellos vinculados a la tradición jurídica inglesa.

Los requisitos exigidos para la incorporación de los tratados a la legislación interna, hace afirmar a autores como Walz, Triepel, Philippe Comte, que estos países adoptan una concepción próxima al dualismo por la similitud de aquella exigencia con el proceso de transformación.

III) *Los principios de especialidad y de reserva.*

La noción esencial que desenvuelve la doctrina mayoritaria (ver autores consultados citados *infra*) es que conceder a los tratados la misma autoridad que a los actos internos de cada país, es desconocer su naturaleza y por consiguiente la fuerza que acompaña a los mismos.

Los tratados ratificados —dice C. A. Alcorta— son leyes nacionales pero no con subsistencia nacional como una ley de impuestos o de abastecimiento, sino con subsistencia internacional. Configuran una ley internacional en su ámbito de aplicación y para las cuestiones a que se refiere, sin que sobre ellos pueda colegirse supremacía de la ley interna.

El Estado es dueño absoluto de modificar su legislación, pero su sola voluntad es insuficiente para modificar un tratado. No puede desligarse de su obligación de respetarlo y ejecutarlo. Podrá denunciarlo ajustándose a las formas normales y establecidas al efecto, pero no puede derogarlo por una ley posterior. Si durante la vigencia de un tratado se sancionara una ley incompatible, los tribunales solucionarán el conflicto en favor del tratado.

Pero los autores han esgrimido también otros argumentos tendientes a lograr la misma solución.

Cuando se preparaba en Francia la ley de la nacionalidad de 1923, se observó que la misma podría contrariar el tratado que excluía a los hijos de italianos de la nacionalidad tunecina *ius soli*, puesto que la ley no contenía reserva alguna. La Comisión sostuvo la inutilidad de insertar tal

declaración expresa porque "un acto legislativo general no puede en derecho prevalecer sobre las cláusulas de un acto convencional anterior". Informe de M. Mazurier ante la Cámara de Diputados francesa.

Sostiene Francescakis que aunque no surja la superioridad jerárquica del tratado y aunque se establezca la igualdad y consecuentemente la aplicación del aforismo *"lex posterior derogat priori"*, es posible restar dramaticidad a esta consecuencia, ajustando el problema en sus verdaderos límites y teniendo en cuenta, asimismo, que difícilmente se sanciona una ley abiertamente violatoria de un tratado.

La observación la refiere a su país en donde tal situación —dice— no se ha dado siquiera en los debates ni proyectos parlamentarios y en donde, por otra parte, los eventuales conflictos pueden resolverse en atención al carácter especial atribuido al tratado y por tanto no derogable por la ley general posterior.

Considerando la igualdad jerárquica de la ley y el tratado los principios sobre los que se asienta esta construcción son:

1) el carácter de especialidad del tratado;
2) el principio de reserva, según el cual al sancionarse una ley se entiende que lo ha sido siempre bajo reserva de las estipulaciones convencionales.

Reserva que ni siquiera debe ser expresa, pues es "de toda evidencia". Además, erigida a sí misma en presunción de reserva, ella no hace sino poner en evidencia la especialidad del tratado con relación a la ley en el ámbito que le es propio, o sea, exactamente aquello que ha determinado a las decisiones jurisprudenciales. Es el mismo razonamiento aplicado en la interpretación del artículo 2 del Código de la Nacionalidad de 1945.

En suma, entiende Francescakis que hasta puede omitirse la invocación del principio de la supremacía del tratado, si se aprecia correctamente el problema que realmente se plantea, es decir, la delimitación del dominio de los tratados.

En general, los autores —no sólo los franceses— ponen de relieve la posibilidad hipotética y excepcional de la sanción de una ley modificatoria o derogativa de un tratado.

Ahora bien, en aquellas legislaciones en que se reconoce expresamente autoridad superior a los tratados y aun en los casos en que no reconoce a los jueces el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes, es común observar que la jurisprudencia busca atenuar tal efecto y que puede obligar a la aplicación de la ley posterior, mediante el empleo de la fórmula de reserva, entendida aun cuando ella no surja expresamente de la ley parlamentaria.

En estas condiciones, desde luego, la posibilidad real queda limitada al caso de una referencia expresa al tratado en el texto de la ley. Esta hipótesis de una ley "directa y expresamente contraria" a un tratado es sin duda excepcional y explica por qué los autores sólo la conciben como producto de un error.

Ello se produjo, por ejemplo, en Francia con la sanción de la ley del 4 de diciembre de 1947 que modificó el Código de Comercio en términos contrarios a la Convención de Ginebra sobre papeles de comercio. El error fue rectificado por una ley del 26 de julio de 1949.

Se lo cita habitualmente como el único y excepcional caso de ley posterior contraria a las disposiciones de un tratado y que lo haya modificado a criterio de la jurisprudencia francesa.

Puede afirmarse que existe acuerdo en la doctrina de los diversos países en cuanto a la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno, por lo menos en el sentido de que los Estados tienen obligación jurídica de no dictar normas cuya aplicación viole o contradiga las disposiciones de Derecho internacional. El fenómeno de la ley interna violatoria del orden internacional no debe describirse como un acto perfectamente lícito y ajustado a derecho.

El Estado que la ha dictado y aplicado tiene el deber jurídico de enmendar o derogar esa norma ajustando en breve plazo su Derecho interno al internacional y mientras no lo haga incurre en una responsabilidad indudable.

Conforme lo sostiene Jiménez de Aréchaga, la aplicación de la norma interna violatoria del Derecho internacional es meramente provisional y precaria, no es sino un hecho antijurídico, un ilícito a corregir y rectificar que genera responsabilidad mientras subsiste.

Así considerado por la doctrina y la jurisprudencia de numerosos países, el conflicto se presenta como una realidad semejante a la sanción y eventual vigencia de cualquier norma contraria a la superior.

Sin embargo, ese carácter, precario, de hecho antijurídico, no parece ser el atribuido por cierta jurisprudencia y doctrina norteamericana, lo cual resulta aún más evidente en el Informe del Departamento de Estado cuando puntualiza "que el Congreso puede en cualquier tiempo eliminar el efecto interno de todo «*self executing treaty*»" (Statement by Department of State on S. J. Res. 1 and S. J. Res. 43 before the Subcommittee of the Senate Committee on the Judiciary, 6 de abril de 1953).

Por ello cabe diferenciar el criterio de ese país y a partir de 1963 el de la jurisprudencia argentina que siguiendo los pasos de la norteamericana se separa del grupo mayoritario de las doctrinas judiciales.

Es cierto que existe analogía entre el precepto constitucional norteamericano y el artículo 31 de la Constitución Argentina; no obstante, ello no impide la interpretación en favor del tratado, sea mediante la adopción de los principios de especialidad y reserva, o con las pautas de interpretación seguidas por la jurisprudencia austríaca respecto de su precepto constitucional y entendiendo que de la asimilación de las normas internacionales a la ley federal no se deriva necesariamente la consecuencia señalada por nuestra jurisprudencia.

Por otra parte, tal interpretación no conculcaría el artículo 31 de la Constitución Nacional, puesto que al respecto existe un silencio constitucional que permite interpretarlo como monismo con primacía de la Constitución exclusivamente sobre el Derecho internacional y con prevalecencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno (Conf. Bidart Campos).

Capítulo II

LAS RELACIONES INTERNACIONALES Y LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A) Las relaciones internacionales

1. Ámbitos nacional, internacional y regional.

El ámbito en el que nace, se desarrolla y agota una relación jurídica sometida al Derecho Internacional Privado puede ser nacional, internacional y regional.

Es preferentemente *nacional* cuando sólo un elemento de la relación jurídica es extraño al derecho local, conectándose todos los demás con el ámbito nacional (ej., la celebración de un matrimonio que tiene su domicilio en la República Argentina y lo mantiene en ella, donde además posee todos sus bienes).

El ámbito es *internacional* cuando por sus elementos la relación jurídica se vincula con diversos Estados (ej., una letra de cambio librada en un Estado, endosada en otro y pagadera en un tercero).

A fin de comprender mejor el tema es necesario aclarar que el ámbito internacional es el espacio en el que se asienta la comunidad internacional, y ésta es la agrupación comprensiva de todo el género humano.

Durante mucho tiempo se identificaba la comunidad internacional como la sola comunidad de Estados. Las traslaciones de poder evidenciaron en el presente siglo la existencia de otros entes (gubernamentales, no gubernamentales y empresas transnacionales, multinacionales y organismos internacionales) o sujetos decisivos en el funcionamiento de la comunidad internacional y en la mayor com-

plejidad de las relaciones que produce como una red que intercomunica e interpenetra los diversos ámbitos nacionales.

Y el ámbito es *regional* cuando la relación jurídica nace, se desarrolla y agota en una región integrada (ej., el Mercado Común Europeo).

2. Integración. Tipos.

Si la integración constituye un proceso en el cual los Estados realizan un movimiento convergente y con transferencia a órganos comunes de la facultad reguladora, es por naturaleza una tendencia a la armonización o unificación no sólo de políticas económicas y financieras, de regímenes monetarios y político-sociales, sino también de las reglas jurídicas.

Existen distintos tipos de integración: integración fronteriza, zona de libre comercio, mercado común y unión económica.

a) *La integración fronteriza* es en rigor más que un proceso integrativo, un movimiento subregional con objetivo tarifario en el comercio fronterizo.

b) *La zona de libre comercio* es un término medio entre el régimen de preferencias aduaneras y las uniones aduaneras. En la zona, cada integrante conserva su autonomía comercial, tarifaria e impositiva frente a terceros. Se trata de un procedimiento jurídico comercial, bilateral o multilateral, transitorio, mediante el cual las partes regulan sus intercambios comerciales concediéndose exenciones progresivas aduaneras, de gravámenes y restricciones.

c) *La unión aduanera* se caracteriza por la supresión gradual de trabas y restricciones aduaneras.

El G.A.T.T. la define en su artículo XXIV, 8ª: "Se entenderá por unión aduanera la sustitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio". Los derechos de aduana quedan eliminados entre los territorios que constituyen la unión, y cada uno de los Estados en sus relaciones con terceros Estados aplica idénticos derechos de aduana, es decir, el arancel es único, la tarifa externa común.

En la unión aduanera hay una política comercial exterior común que la diferencia de la zona de libre comercio.

d) Mercado común. A diferencia de los anteriores, éste tiende a barrer las fronteras económicas promoviendo una libre circulación de mercaderías, de personas y de capitales, pero que además supone el surgimiento de las normas estructurales y la aparición de un conjunto de reglas comunitarias dictadas por órganos comunitarios y con asumidas concordancias políticas entre los integrantes y hacia el exterior en forma conjunta.

3. Integración regional latinoamericana. Su objetivo *.

El tema de la integración regional ha sido estudiado e investigado, fundamentalmente, desde un punto de vista económico, pero lo que ha de considerarse es que dicho tratamiento responde a un objetivo limitado y pone en evidencia que el tema de la integración requiere claridad en la determinación de los objetivos, habida cuenta de que la noción es, en sí misma, equívoca y no unívoca como podría suponerse.

Aun cuando se afirme que la integración, además de un proceso económico, es jurídica, social, cultural y política, el mayor o menor énfasis que se asigne a esta diversidad de cuestiones es un elemento indicativo de las diferencias esenciales de contenido expresado en el vocablo integración.

En consecuencia, deben en primer término definirse los objetivos de la integración regional.

A nuestro juicio, ello debe ser el resultado de las causas que originan la necesidad de acelerar las tendencias integracionistas, en tanto conjunción de esfuerzos y de recursos continentales.

* Ver "Derecho de integración y relaciones internacionales", en *Voces jurídicas*, t. IV, Ed. Forum Argentina, 1996, y "Solución de controversias. Propuesta de un tribunal comunitario", en Dromi, *Tratado de derecho comunitario*, t. VII.

Desde este punto de vista, es necesario visualizar los conflictos que subyacen en las relaciones internacionales, entre los cuales no puede soslayarse el denominado conflicto global Norte-Sur.

Asimismo debe destacarse la mayor admisión del factor político como elemento primigenio de las relaciones económico-financieras internacionales.

No menos importante parece el elemento temporal, que explica la urgencia para materializar el proceso integrativo, en tanto solución para el desarrollo.

Sostiene con acierto Su Santidad Paulo VI que el desarrollo es el nuevo nombre de la paz; de ahí la trascendencia de este primer objetivo que ineludiblemente ha de tener la integración regional latinoamericana.

Mas el desarrollo debe ser armónico y no dependiente.

Estos factores cualificantes del objetivo son de hecho los motores impulsores en razón de las siguientes causas:

En 1983, según informe de la CEPAL, se acentuó fuertemente la pérdida de dinamismo que la economía de América latina venía mostrando en los dos años anteriores. El producto por habitante se redujo por tercer año consecutivo (- 5,6%) superior al registrado en 1981 (- 1%) y 1982 (- 3,3%). A ello debe sumarse la incidencia del endeudamiento externo, los efectos recesivos, el agravamiento del deterioro de los términos del intercambio, el resurgimiento de políticas proteccionistas y restrictivas al comercio en las economías industrializadas que provocaron retrocesos en el volumen y estructura de las exportaciones de la región.

Según surge del documento denominado de "Consenso de Cartagena" y producido en la Conferencia realizada en junio de 1984 —Cartagena, Colombia—, la región atraviesa una crisis sin precedentes, caracterizada por la severa disminución en el producto por habitante, una desocupación que afecta a más de la cuarta parte de la población activa, caída importante de los salarios reales y conversión de la región en exportadora neta de recursos financieros.

A ello debe sumarse una precaria situación sanitaria en orden al crecimiento de factores negativos y carenciales, y su correlato educacional, con mayor deserción escolar y aumen-

to de la tasa de analfabetismo total o absoluto y parcial o funcional. Es decir, en general, mayores conflictos y tensiones sociales.

Ahora bien, si ello puede ser calificado como los síntomas evidentes del desorden político, cultural y económico, el camino al retroceso y a la regresión puede revertirse a partir del reconocimiento del interés común de las naciones latinoamericanas; la articulación y expresión de ese interés común mediante instituciones adecuadas y la armonización de las aspiraciones nacionales con las del conjunto, la cual necesita ser expresada desde el planeamiento mismo del desarrollo industrial al que aspiran todos los países (Conf. Ramella, p. 18; Biocca, Conf. Mercedes y San Martín, 1 y 2).

En consecuencia, cada región, previo planteo del objetivo perseguido, formulará el proceso integrativo acorde con la naturaleza de los conflictos comunes a la región.

Es por ello ineficaz la adopción del "método matemático" en el ámbito internacional o regional, pues la adopción de un esquema integrativo eficaz en una región o ámbito deviene utópica o, en el mejor de los casos, ineficaz en otra.

En tal orden de ideas puede advertirse que se han formulado diversos esquemas integrativos, MCE; MCC; ACSA; y que indican la necesidad de calificar o definir los objetivos de la integración.

Por ello propiciamos como metodología general la previa definición del objetivo de la integración, y en particular para Latinoamérica dicho objetivo debe ser la obtención de un desarrollo integral —no meramente económico— armónico y no dependiente debidamente expresado.

La segunda cuestión íntimamente vinculada con el objetivo, es la determinación de los instrumentos adecuados de la integración.

Los instrumentos jurídicos deben obviamente ser los adecuados al objetivo.

Habida cuenta del fundamento jurídico común a las legislaciones de la región, la armonización legislativa no ofrece mayores dificultades, dada la permanencia de sistemas como el de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y el Código Bustamante.

Más complejas siguen siendo, en cambio, las cuestiones constitucionales, el federalismo en el orden internacional y la distribución de competencias, pero las perspectivas son favorables si se advierten las transformaciones del Derecho Constitucional que en esta materia han efectuado los países de Centro América y la República Oriental del Uruguay.

También deben impulsarse los estudios sobre estas cuestiones en los planes nacionales de cursos terciarios, en las carreras de ciencias jurídicas, sociales y económicas, con fluido intercambio de conocimientos y material de investigación entre los países de la región, pues en definitiva deben eliminarse las resistencias culturales que suelen perdurar, más por desinformación que por razones valederas.

Por último, ha de propiciarse la regulación de sociedades multinacionales latinoamericanas, a cuyo fin cabe mencionar el antecedente de la Decisión 46 del Acuerdo Subregional Andino, como ejemplo de instrumento integrativo apto para naturalizar el objetivo indicado, en virtud de la importancia que tienen las sociedades en la integración regional, a cuyo efecto la constitución y actuación regional de los mismos puede afirmarse que es el instrumento decisivo. Por ello, la finalidad y comportamiento societario deben adecuarse ineludiblemente al objetivo de la integración regional.

En atención a lo expuesto propiciamos la aprobación de las siguientes conclusiones:

1°) Los procesos integrativos definen objetivos en tal orden, la integración regional latinoamericana ha de procurar un desarrollo integral, armónico y no dependiente.
2°) Los instrumentos integrativos deben ser adecuados al objetivo señalado.
3°) Deben desarrollarse planes educativos tendientes a una mayor divulgación recíproca de las esencias jurídicas, sociales y económicas de las naciones latinoamericanas.
4°) Debe regularse la constitución y funcionamiento de sociedades multinacionales latinoamericanas como instrumento integrativo imprescindible para el logro del desarrollo armónico y no dependiente.

4. Esferas de acción de las reglas de Derecho Internacional Privado.

Por último, debemos decir que así como existe un triple ámbito que se interacciona, también hay una triple esfera de acción de las reglas de Derecho Internacional Privado: el nacional, el convencional y el comunitario.

Así, por ejemplo, tenemos las reglas de fuente nacional (las diversas normas de Derecho Internacional Privado en la legislación nacional de cada Estado, las de fuente convencional internacional, los tratados internacionales —Tratado de Montevideo, Código de Bustamante o las Convenciones de La Haya o Ginebra o Bruselas—) que relacionan a los Estados ratificantes, y las normas de derecho comunitario que rigen en los Estados integrados (derecho comunitario europeo de la C.E.E.).

B) Las normas de Derecho Internacional Privado

1. Introducción.

Conforme al concepto, objeto y contenido que hemos impreso a nuestra materia, convendremos que pertenece a su esfera toda norma que tenga por fin establecer una solución al problema atinente a las relaciones internacionales, tenga el carácter de norma nacional, internacional o de derecho comunitario, sea estructuralmente directa o indirecta.

Sin perjuicio de reconocer que las últimas son las típicas y mayoritarias, ambas son los instrumentos de los que el Derecho Internacional Privado se sirve indistintamente para realizar la función que le es propia dentro del cuadro de las disciplinas jurídicas.

No interesa, en rigor, dónde ella esté inserta —Código Civil, de Comercio, Procesal, Penal, o Ley de Contrato de

Trabajo—, sino que, directa o indirectamente, regule la relación jurídica internacional sujetándola a un determinado orden jurídico.

La norma jurídica es —según Biocca— una preceptuación obligatoria del derecho que regula en un sentido social la conducta humana. El derecho, entonces, formula juicios hipotéticos o supuestos jurídicos que han de desencadenar consecuencias predeterminadas.

Toda regla de derecho —sea directa o indirecta— está constituida por una hipótesis y una disposición; en la primera parte se describen hechos o situaciones jurídicamente relevantes, en tanto que en el segundo sector, la consecuencia jurídica, se los regula.

a) Normas directas.

Por lo general, la norma jurídica anuda una consecuencia jurídica a una situación de hecho y reglamenta directamente la cuestión planteada o descripta por la hipótesis o tipo legal (ejemplo, art. 128 del Código Civil).

Ahora bien, en Derecho Internacional Privado nos manejaremos, además de las directas (ejemplo, art. 13 del Código Civil, art. 124 de la Ley de Sociedades), con las denominadas normas indirectas, que presentan similares características que la norma jurídica en general, pero además en su estructura aparece un elemento peculiar que es el "punto de conexión".

b) Normas indirectas.

Es por medio de conceptos técnicos que las normas de conflicto definen o delimitan su respectivo campo de aplicación —espacio o área jurídica en que el elemento de conexión de la regla está llamado a operar—.

El objeto contemplado por la norma indirecta es generalmente un grupo de relaciones o la institución misma en su conjunto, que abarca —como acierta en aclarar José de Yangúas Messía— núcleos extensos de situaciones jurídicas. Así los autores franceses emplean la denominación

de "conceptos generales"; los alemanes "conceptos colectivos"; los italianos "conceptos sintéticos"; los españoles "categorías abstractas o genéricas", las cuales contenidas en la norma de Derecho Internacional Privado designan grupos de relaciones de la vida social, prefiguradas como relaciones jurídicas por cada una de estas categorías, en forma global y con un concepto de derecho que expresa el objeto considerado por la norma: "la capacidad o incapacidad de las personas" (arts. 6 y 7 del Código Civil); "los bienes raíces" (art. 10 del Código Civil); "los bienes muebles" (art. 11 del Código Civil); "la forma y solemnidades de los contratos" (art. 12 del Código Civil); "la validez intrínseca y extrínseca del matrimonio" (art. 159 de la ley 23.515); "las relaciones personales de los cónyuges" (art. 162 de la misma ley); "las convenciones matrimoniales y las relaciones de los esposos con respecto a los bienes" (art. 163 de la misma ley); "la separación personal y la disolución del matrimonio" (art. 164 de la ley 23.515); "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 en materia de letra de cambio" (art. 23 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial de 1940); "los derechos y obligaciones inherentes al ejercicio de la tutela y de la curatela" (art. 27 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940); "la existencia, la naturaleza, la validez, los efectos, las consecuencias, la ejecución; en suma, todo cuanto concierne a los contratos, bajo cualquier aspecto que sea" (art. 37 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940), etc.

2. Los puntos de conexión.

a) Definición.

Éste es el medio técnico del que se sirve la norma indirecta para indicar el ordenamiento jurídico del que habremos de desprender la solución.

Al elemento o punto de conexión cabe la tarea de localizar la situación jurídica en un espacio legislativo determinado.

Son puntos de conexión: nacionalidad, domicilio, residencia, lugar de situación de los bienes, lugar de celebración del acto, lugar de ejecución, lugar de prestación de servicios, lugar de perpetración del delito, autonomía de las partes manifestada en la elección de la ley aplicable, lugar de registración o matriculación.

La conexión que sirve para localizar o para avecindar la situación jurídica descripta en el tipo legal o hipótesis de la norma de conflicto o indirecta, obedece, conforme los intereses que se pretenden resguardar, a estrictas razones de política legislativa, por cuanto es sabido que todo sistema se preordena en función de los intereses que estima prevalecientes. Los puntos de conexión se pueden presentar en la norma de conflicto de diversas maneras:

Puntos de conexión:
—no acumulativos:
  —simples
  —condicionales:
    —subsidiarios
    —alternativos
—acumulativos:
  —iguales
  —desiguales

Simples: La norma utiliza un solo punto de conexión aplicándose desde un principio una sola ley (ejemplo, arts. 10 y 12 del Código Civil).

Subsidiarios: La norma indirecta, previendo el supuesto de ausencia del elemento erigido en punto de conexión primario, designa uno con carácter sucedáneo al que habrá de recurrirse (ejemplo, art. 162 de la ley 23.515).

Alternativos: La norma indirecta otorga la facultad de elección entre dos o más leyes conforme a las cuales válidamente podrá realizarse un determinado acto jurídico (ejemplo, arts. 3638 y 1181 del Código Civil).

Acumulativos: La conexión acumulativa es otro recurso de que se vale la norma de conflicto mediante el cual se trata de subordinar la producción de cierto evento jurídico conforme a dos o más leyes tendiente a satisfacer los

requisitos establecidos en cada una de ellas, con el objeto de evitar la celebración de actos jurídicos claudicantes, esto es, válidos conforme una ley e inválidos para la otra (ejemplos arts. 23 y 29 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940).

Cuando se aplica a una cuestión un solo derecho que sin embargo puede resultar completado o disminuido por otro, decimos que se trata de una conexión acumulativa desigual, ya que otro derecho funciona como tope mínimo o máximo (ejemplo, art. 15 de la ley 11.723: "La protección que la ley argentina acuerda a los autores extranjeros, no se extenderá a un período mayor que el conocido por las leyes del país donde se hubiere publicado la obra; si tales leyes acuerdan una protección mayor, regirán los términos de la presente ley").

b) Naturaleza del punto de conexión.

Para algunos autores el punto de conexión es, juntamente con el reenvío y el derecho aplicable, la característica positiva de la consecuencia jurídica[1]. Por tanto, desde el punto de vista de su naturaleza es consecuencia jurídica. Sin embargo, otros consideran que el punto de conexión es el elemento vinculante entre la hipótesis y la consecuencia jurídica, por lo que la norma estaría compuesta de tres elementos: hipótesis, punto de conexión, y consecuencia jurídica[2].

En cambio, para Stella Maris Biocca, el punto de conexión es consecuencia jurídica, dado que en la norma de colisión coexisten dos consecuencias jurídicas: la una inmediata, cierta y determinada —que es el punto de conexión—, y la otra mediata, incierta e indeterminada —que es el derecho aplicable—. La distinción está dada por cuanto el punto de conexión es: *a)* por su fuente legislativa nacional, en tanto el derecho aplicable puede ser por su fuente

[1] GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado*, 1970.
[2] PARDO, Alberto Juan: *Derecho Internacional Privado*, Parte General, 1988.

legislativa extranjera, y *b*) porque el punto de conexión es siempre cierto y determinado —aun en los supuestos de conexión alternativa o subsidiaria—; mientras que el derecho aplicable es incierto e indeterminado.

c) Clasificación.

A su turno, los puntos de conexión se clasifican en: *reales*, *personales* o relativos a los actos:

1) *Reales* (aquellos que contemplan a los bienes): lugar de situación de una cosa mueble o inmueble; lugar de matriculación de una aeronave o un buque, etc.
2) *Personales* (se refieren a las personas sean físicas o jurídicas): domicilio, nacionalidad, residencia habitual, etc.
3) *Relativos a los actos* (relativos a los sucesos): lugar de realización o celebración del negocio jurídico, lugar de ejecución del contrato, lugar de perpetración del delito, lugar de tramitación del proceso, entre otros.

Asimismo, desde otro punto de vista se clasifican, según su mutabilidad, en fijos y mutables:

1) *Fijos* (se refieren fundamentalmente a hechos pasados): el lugar de perpetración de un delito o el lugar de celebración de un contrato, etc.
2) *Mutables* (pasibles de mutación, por lo tanto requieren su localización temporal): el domicilio, la nacionalidad, la situación de una cosa mueble, etc.

Esta posibilidad de mutabilidad hace necesario que las normas de conflicto precisen temporalmente el punto de conexión; así establecerán, por ejemplo, el primero o el último domicilio conyugal, la última nacionalidad o domicilio del causante, etc.

d) Tendencias actuales.

En el presente siglo se advierte una marcada tendencia doctrinaria que, con el apoyo consuetudinario jurisprudencial y legislativo, aboga, en virtud de las peculiares características de las relaciones internacionales en el derecho contemporáneo, por la tesis de que los problemas que de ellas se generan deben ser resueltos en determinados ámbitos aptos a tales fines por normas de Derecho material especial.

Esta postura propende a la elaboración —sea por la vía de la legislación interna o por la de las convenciones internacionales— de preceptos jurídicos materiales exclusivamente aplicables a determinadas categorías de relaciones internacionales.

Quienes defienden esta posición presentan el nuevo método como solución alternativa del método clásico conflictual, y se complacen en citar el precedente que ofrece en la historia del Derecho el *ius gentium* de los romanos, que no era otra cosa que un cuerpo de reglas materiales aplicables a las relaciones de los ciudadanos romanos con los peregrinos.

En el artículo publicado en el "Boletín Da Facultade de Direito" de la Universidad de Coimbra año 1983, titulado: *Consideraçoes sobre o método do Direito Internacional Privado,* su autor, Antonio Ferrer Correia, distingue acertadamente entre: *a*) Derecho Internacional Privado material consuetudinario *(lex mercatoria):* El llamado derecho "espontáneo" producto de los usos de comercio, prácticas, utilizado cada vez más frecuentemente en el campo de las transacciones internacionales, tales como: los contratos-tipo como los ofrecidos por la "London Corn Trade Association", las Condiciones Generales de Venta de la C.C.I. y de C.O.M.E.C.O.N., y la propia jurisprudencia de los tribunales arbitrales. *b*) Derecho Internacional Privado material de fuente jurisprudencial: Son aquellas normas de Derecho cuya creación se debe a la jurisprudencia, como también aporta el autor citado, en el ejemplo tomado de los tribunales franceses, que al contrario de lo que ocurre en Derecho interno francés, donde el Estado carece de capacidad para celebrar acuerdos compromisorios, y por ende, compromi-

terse en árbitros, la Corte de Casación tiene por inaplicable esta prohibición en aquellos contratos internacionales en que el Estado francés sea parte (sentencia "Galakis", de 1966), orientación que equivale a la creación de una regla material especial de Derecho Internacional Privado que está encaminada a no entorpecer la celebración de contratos entre el Estado francés y los empresarios extranjeros, liberando a estos últimos del pesado *handicap* —como agrega el autor citado— de tener que soportar la sumisión de los litigios emergentes de esos negocios al juzgamiento de los tribunales franceses, y *c*) Derecho Internacional Privado de fuente legislativa: En éste se ubican aquellas normas que en las legislaciones internas tienen por objeto regular aspectos o puntos concretos de determinadas relaciones de índole internacional, dentro de las cuales se mencionan las normas que fijan las condiciones necesarias para el reconocimiento y ejecución de decisiones dictadas por tribunales extranjeros; y supuestos como el "Código de Comercio Internacional de la República Socialista de Checoslovaquia", del 4 de diciembre de 1963; como la ley de la República Democrática Alemana, del 5 de febrero de 1976, sobre contratos económicos internacionales donde, debido al sistema en ellos vigente, se hizo necesario crear una normativa especial para regir las relaciones comerciales con las empresas de los países de economía de mercado, y por último aquellas convenciones que crean Derecho material uniforme, destinado a sustituir enteramente, en la materia sobre la que versa el ordenamiento de cada Estado, esto es, que todas las relaciones jurídicas comprendidas dentro de su ámbito, tanto las que se desarrollan en Derecho interno como en el internacional, se regulan por las mismas. En este campo se inscriben las Convenciones destinadas a regir ciertos conflictos de leyes en materia de letras de cambio (Convención de Ginebra de 1930) y en materia de cheque (Convención de Ginebra de 1931).

Dentro del Derecho argentino se inscribe en un sistema combinado de normas directas e indirectas, la "Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías" celebrada en Viena en 1980, ratificada por nuestro país por ley 22.765, en vigor desde enero de 1988, que establece en su artículo 1º: "La presente Convención se

aplica a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes con tal que: *a*) esos Estados sean ambos Estados contratantes, o *b*) las reglas de Derecho Internacional Privado conduzcan a la aplicación de la ley de un Estado contratante".

La tendencia que se va afirmando en la actualidad es que el Derecho Internacional Privado se sirve para el logro de su finalidad específica tanto de normas directas como indirectas; instrumentos que son indistintamente aptos a tales efectos, y cuya utilización depende del ámbito donde se produzcan las relaciones jurídicas internacionales, advirtiéndose, en el internacional y regional, la utilización preferente de normas directas, y en el nacional, de normas indirectas.

Por tanto, si bien las reglas más frecuentes en nuestra disciplina son las denominadas por la doctrina alemana *"Kollision normen"*; por la francesa *"règles de rattachement"*, y por la italiana *"regole de collegamento"*, acordaremos que para nosotros 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 (las que por su naturaleza adjetiva tienen sólo por objeto indicar el ordenamiento jurídico que va a regular la relación jurídica).

Atrás quedaron las admoniciones doctrinarias relativas a la desaparición del Derecho Internacional Privado como consecuencia de la aceptación en su ámbito de normas directas.

Capítulo III

LA CODIFICACIÓN

1. Noción.

Codificar es sistematizar en un cuerpo orgánico las normas jurídicas referidas a una materia específica. La finalidad es otorgar certeza y seguridad a las relaciones jurídicas.

La sistematización de las normas de Derecho Internacional Privado puede lograrse mediante la elaboración de un cuerpo orgánico de reglas de conflicto que den solución a las relaciones internacionales con elemento extranjero, o bien a través de tratados internacionales, utilizando reglas indirectas o normas materiales.

2. Métodos de codificación.

En cuanto a la metodología utilizada en las tareas de codificación se destacan:

a) Armonía legislativa.

Su característica es la coincidencia entre distintos Estados soberanos en la elección de las reglas de conflicto para solucionar los casos de Derecho Internacional Privado (así, por ejemplo, Tratados de Montevideo 1889-1940, Código Bustamante 1928, Conferencias de La Haya; respecto a los Tratados de Montevideo 1889-1940, Capacidad por la ley del domicilio). Los países contratantes logran uniformidad en las reglas de conflicto y mantienen diversidad legislativa en su derecho sustancial.

b) Uniformidad legislativa.

Consiste en la coincidencia entre las distintas legislaciones soberanas de las reglas materiales para solucionar los casos de Derecho Internacional Privado (ejemplo, Convenios de Ginebra de 1930 sobre Letra de Cambio y Pagaré; Convención de Berna de 1890 y 1924 sobre Transporte Internacional; Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles del 1/7/1964, La Haya, y Ley Uniforme sobre Contrato de Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales). La norma unificada se aplica tanto entre países contratantes como a relaciones con países no contratantes.

Las Reglas Uniformes también pueden emanar de sentencias de Tribunales Arbitrales Internacionales, como, por ejemplo, los Arbitrajes de Lord Asquith en el litigio entre el Jeque de Abu Dhabi y la Sociedad Petroleum Development Ltd., 28/8/1951.

Autores como Nolde, ubican como antecedente de codificación del Derecho Internacional Privado la codificación prusiana de 1794, que sirvió de base a la redacción del Código Napoleón de 1804, en cuyo art. 3º aparece el punto de conexión "nacionalidad para regular el estado y capacidad de los franceses aun cuando residan en país extranjero".

El Código austríaco de 1811 contiene normas referidas a bienes muebles e inmuebles, personas, actos jurídicos.

El Código Civil holandés de 1829 sigue los lineamientos del Código Napoleón.

El Código de Zurich de 1853 adopta las pautas del sistema savignyano.

3. Tentativas y trabajos individuales y colectivos.

Mancini intenta una sistematización de las normas de Derecho Internacional Privado en el Instituto de Derecho Internacional, pero fracasa. Sin perjuicio de ello, integra la Comisión que redacta las disposiciones preliminares del Código Civil italiano de 1865 referidas al conflicto de leyes en los arts. 6º al 12º.

La ley polaca de 1926, reformulada en 1965, está inspirada en el principio de la nacionalidad.

En América, las legislaciones de los distintos Estados contienen reglas electivas que solucionan distintos aspectos del Derecho Internacional Privado en sus Códigos Civiles, Comerciales, Leyes Especiales; así, por ejemplo, el Código Civil chileno de 1855, el Código Civil venezolano de 1862 y 1942, el Código Civil argentino de 1869, el Código de Comercio argentino de 1859, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Asimismo, en nuestro país la ley 19.550, de Sociedades Comerciales, ley 19.551, sobre Concursos, ley 11.723, sobre Propiedad Intelectual, etc.

Es importante mencionar la labor de distintos organismos internacionales al igual que reuniones y congresos realizados con la finalidad de unificar criterios tendientes a solucionar los conflictos derivados de las relaciones internacionales.

Así, debemos destacar la tarea realizada en las Conferencias de La Haya, la primera el 12/9/1893, continuando su labor hasta nuestros días y abordando temas de primordial importancia. En la Conferencia de La Haya de 1902 se trató: Matrimonio, Divorcio, Tutela de Menores; en La Haya 1905: Tutela de Mayores, Efectos personales y patrimoniales del Matrimonio, Sucesiones, Testamentos, Procedimiento Civil. Se asentaron en el principio de la nacionalidad. Convención sobre Venta Internacional de Objetos Muebles Corporales, 1/7/1964. Convención de La Haya 1955 sobre Conflictos sobre Nacionalidad y Domicilio. Merece destacarse la labor de la International Law Association creada en Londres en 1873 que realiza proyectos fundamentales en materia comercial.

Organismos internacionales como la Sociedad de las Naciones (1914-1939) realizaron tentativas de codificación y para ello eligieron dos materias de especial importancia en aquella época: *Nacionalidad y Trato al Extranjero.*

Naciones Unidas (ONU): Ejemplo de unificación, el informe del Secretario General de Naciones Unidas sobre el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional.

4. Codificación en el continente americano.

Dividiremos el estudio de la codificación en el continente americano en cuatro etapas —siguiendo a Manuel A. Vieyra—.

Primera etapa: 1877 a 1884.
Segunda etapa: 1889 a 1928.
Tercera etapa: 1928 a 1960.
Cuarta etapa: 1960 a nuestros días.

Dentro de las etapas antes mencionadas sólo pondremos énfasis en aquellos eventos cuya trascendencia marcaron hitos en las tareas de codificación en América.

a) Etapas.

Primera etapa: Congreso de Lima 1877/78, en el cual intervienen Argentina, Perú, Bolivia, Chile, Cuba, Ecuador. Se elaboró un Tratado sobre Estado y Capacidad de las Personas, Matrimonio, Régimen Sucesorio, Actos Jurídicos, Jurisdicción Penal, Ejecución de Sentencias Extranjeras y Legalización. Fue dominado por la controversia domicilio-nacionalidad, predominando este último, como consecuencia de lo cual sólo fue ratificado por el país sede, Perú.

Segunda etapa: Congreso de Montevideo de 1889. Intervienen Chile, Perú, Paraguay, Bolivia, Uruguay, Argentina, Ecuador, Cuba y Brasil. Se suscriben distintos tratados: Derecho Civil Internacional, Derecho Comercial Internacional, Derecho Penal Internacional, Derecho Procesal Internacional, Propiedad Literaria y Artística, Marcas de Comercio y de Fábrica, Profesiones Liberales, y un Protocolo Adicional.

Fueron ratificados en su totalidad por: Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay.

Se posibilitó la adhesión a los mismos por otros Estados, y así, por ejemplo, adhieren al Tratado sobre Propiedad

Literaria y Artística: Alemania, Francia, Bélgica, Austria, España, Hungría e Italia. Colombia adhirió a Tratados de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Profesiones Liberales. Ecuador a Profesiones Liberales.

Dentro de este período se desarrollan las Conferencias Panamericanas:

Primera Conferencia Panamericana —Washington en 1889—: se recomendó la adhesión a los Tratados de Montevideo.

Segunda Conferencia —México en 1902—: se suscribe una convención para la formación de contratos de Derecho Internacional Público y Privado, y se suscribe un acuerdo sobre protección de obras literarias y artísticas.

Tercera Conferencia —Río de Janeiro en 1906—: se creó una Junta Internacional de Juristas para proyectar una codificación de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público.

Cuarta Conferencia —Buenos Aires en 1910—: se suscriben tratados sobre Patentes de Invención, Dibujos y Modelos Industriales, y una Convención sobre Marcas de Fábrica.

Quinta Conferencia —Chile en 1923—: se recomienda a la Alta Comisión Interamericana (disuelta en 1933) que continúe sus investigaciones con el propósito de unificar los principios e interpretaciones de Derecho Comercial Marítimo. Se decide la designación de representantes para constituir la Comisión de Juristas de Río, para continuar los trabajos.

Concluida la Quinta Conferencia, se invita al Instituto Americano de Derecho Internacional (cuya creación se debe al jurista chileno Alejandro Álvarez) para elaborar una serie de Tratados a ser considerados por la Comisión de Río.

El Instituto preparó treinta proyectos y debe destacarse el proyecto de Código de Derecho Internacional Público y Código de Derecho Internacional Privado, este último del autor cubano Sánchez de Bustamante y Sirvén.

La Sexta Conferencia Panamericana fue en La Habana en 1928.

Dentro de este período merece mención la labor de Beale en el Restatement Act, que es la reformulación en forma de codificación del Derecho consuetudinario según los fallos

dictados por los tribunales de E.E.U.U. Consta de 625 secciones y fue publicado en 1934.

De las Conferencias Panamericanas mencionadas destacaremos la labor de la Sexta Conferencia de La Habana por ser la más prolífera.

Se sanciona el Código Bustamante y Sirvén, que consta de 437 artículos conteniendo Reglas Generales de Aplicación, Derecho Civil, Derecho Comercial, Derecho Penal (extradición), Derecho Procesal.

Concilia el criterio domicilio-nacionalidad mediante la "Fórmula Bustamante" que queda expresada en el art. 7º del Código referido al establecer que "cada Estado aplicará como leyes personales la del domicilio o la de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interna".

El Código Bustamante está en vigor en numerosos países: Cuba, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Brasil, Perú, Guatemala, Haití, Nicaragua, Honduras, El Salvador, Bolivia, Venezuela, Ecuador y Chile.

Tercera etapa: Tiene lugar la Séptima Conferencia Panamericana en Montevideo en 1933 y la Octava Conferencia Panamericana en Perú —Lima— en 1938.

Sin perjuicio de la importancia de las referidas Conferencias, el acontecimiento más importante relacionado con la codificación del Derecho Internacional Privado es la reunión del Congreso de Montevideo de 1939/40.

Los tratados ratificados que surgen de este Congreso son: Tratados de Derecho Civil Internacional; Tratado de Derecho Comercial Internacional que se subdivide en Comercial terrestre y marítimo; Derecho Penal Internacional con Asilo, Refugio y Extradición; Derecho Procesal Internacional; Profesiones Liberales; Propiedad Intelectual, y un Protocolo Adicional.

Son ratificados en su totalidad por Uruguay y Paraguay.

Argentina no ratifica el Tratado de Derecho Penal con Asilo, Refugio y Extradición y Propiedad Intelectual.

En esta etapa merece mencionarse la 9ª Conferencia Interamericana de Bogotá de 1948; surge de ésta la redacción

de la Carta de la OEA y mantiene al Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro (CJI) que realiza una importante labor en el campo del Derecho Internacional Privado.

Así podemos mencionar proyectos sobre Nacionalidad y Apatridia, Proyecto de Ley Uniforme sobre Venta Internacional de Bienes Muebles.

Se abocó al estudio relacionado a la ejecución de sentencias relativas a obligaciones alimentarias, etc. Asimismo se planteó la posibilidad de la revisión del Código Bustamante.

Cuarta etapa: Se vincula esta etapa en el proceso de Codificación Americana con el inicio de los movimientos de integración en el continente.

El 13 de diciembre de 1960 se suscribe el Tratado General de Integración Económica Centroamericana —MCCA—.

En 1960 se firma el Tratado de Montevideo suscripto por Argentina, México, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Venezuela, del cual surge la ALALC (Asociación Latinoamericana de Libre Comercio).

Surgen Acuerdos subregionales como el Pacto Andino en 1969 entre Bolivia, Colombia, Ecuador, Venezuela, Perú y Chile.

El 4 de julio de 1973 se constituyó el CATICOM —Mercado Común del Caribe—.

El 12 de agosto de 1980 se firmó el Tratado de Montevideo, suscripto por todos los Estados integrantes de la ALALC y sustituyendo a ésta por la ALADI.

Puede observarse a través de los Tratados de Integración la utilización del método de la uniformidad para dar respuesta a los conflictos internacionales, fundamentalmente en el área de las relaciones comerciales.

b) Conferencias.

Debemos destacar la realización de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional

II) Convención Interamericana sobre contratos de transporte internacional de mercaderías.

En CIDIP V se suscriben:

I) Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

II) Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Asimismo, mediante diversas resoluciones se recomendó a los países miembros de la OEA suscribir, ratificar o adherir a: 1) Convención de Las Naciones Unidas sobre Contrato de Compraventa Internacional de Mercaderías aprobada en Viena el 11 de abril de 1980 ratificada por la República Argentina el 19 de julio de 1983 por ley 22.765 vigente desde el 1 de enero de 1988; 2) Convención sobre Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías de Nueva York del 14 de junio de 1974 y el Protocolo de 1980 que introduce enmiendas a la Convención, la cual ha sido ratificada por la República Argentina por ley 22.488 vigente desde el 1 de agosto de 1988 y el Protocolo por ley 22.765 en vigor desde idéntica fecha; 3) Convención sobre Ley aplicable a los Contratos Internacionales de Compraventa de Mercaderías de La Haya del 22/12/1986, ratificada por la República Argentina por ley 23.916; 4) Convención sobre Factoraje Internacional y sobre Arrendamiento Financiero Internacional de Otawa del 28 de mayo de 1988.

Atento la importancia que adquieren los Tratados Internacionales en la labor de la codificación del Derecho Internacional Privado, es que merece destacarse la distinción entre el Tratado-Contrato y el Tratado-Marco, el primero dando respuesta a las relaciones internacionales por medio de normas indirectas o directas, y el segundo (ej., Tratado de Roma de 1957, que da origen a la Comunidad Económica Europea, C.E.E. actualmente Unión Europea, U.E., y el Tratado de Asunción de 1991, que crea el Mercado Común del Sur, MERCOSUR), que fijando principios generales y directivas básicas para una política común crea órganos a través de los cuales se realiza la labor legislativa.

Privado (CIDIP) que tuvieron lugar en Panamá en 1975 —Primera Conferencia—, en Montevideo en 1979 —Segunda Conferencia—, en La Paz en 1984 —Tercera Conferencia—, en Montevideo en 1989 —Cuarta Conferencia—, y en México en 1994 —Quinta Conferencia—.

Los temas abordados son de especial importancia para nuestra materia.

En CIDIP I se suscriben seis convenios:

I) Exhortos o cartas rogatorias.
II) Conflicto de leyes en Letra de Cambio, Pagarés y Facturas.
III) Cheques de circulación internacional.
IV) Recepción de pruebas en el extranjero.
V) Régimen legal de los Poderes para ser utilizados en el extranjero.
VI) Arbitraje Comercial Internacional.

En CIDIP II se suscriben ocho convenios:

I) Conflicto de leyes en materia de cheque.
II) Conflicto de leyes en sociedades mercantiles.
III) Normas generales de Derecho Internacional Privado.
IV) Eficacia de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.
V) Cumplimiento de medidas cautelares.
VI) Domicilio de las personas físicas.
VII) Prueba e información del derecho extranjero.
VIII) Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias.

En CIDIP III se suscriben cuatro convenios:

I) Conflicto de leyes en materia de adopción de menores.
II) Personalidad y capacidad de las personas jurídicas.
III) Eficacia extraterritorial de sentencias extranjeras.
IV) Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero.

En CIDIP IV se suscriben:

I) Convención Interamericana sobre restitución de menores.

5. Codificación en la Comunidad Económica Europea.

La labor legislativa en la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) se concreta en un proceso triangular —La Comisión propone y el Consejo decide tras consultar al Parlamento—.

Si bien la legislación se caracteriza por la utilización de normas materiales, emplea también normas de conflicto como instrumento para solucionar conflictos preferentemente en el campo del Derecho Comercial.

Así, la Comunidad Económica Europea (C.E.E.) dejó de lado la utilización del punto de conexión "nacionalidad" para la determinación de la capacidad de las personas en materia de sociedades y otras categorías, y acepta el de "domicilio".

La distinción entre nacional y extranjero era común, y hoy en el marco de la C.E.E. se toma para caracterizar una sociedad la "administración central", sin interesar la nacionalidad.

La Convención de Bruselas de 1968 de la Comunidad Económica Europea para ejecutar decisiones en materia civil y comercial toma el punto de conexión "domicilio" y cuando menciona la nacionalidad es para establecer la asimilación del nacional al domiciliado.

Los temas más desarrollados por la Comunidad Económica Europea son los relacionados con las Sociedades Mercantiles, Derecho Procesal, Seguros, Patentes y Marcas, Propiedad Industrial, Quiebras, Contratos.

La tarea de la codificación en el Derecho Internacional Privado dista de estar agotada; antes bien, nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de encarar tareas tendientes a uniformar criterios con un mayor alcance universal para otorgar mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales.

6. Ámbito espacial y temporal de los Tratados de Montevideo y de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado vinculados a la República Argentina.

Para poder determinar el ámbito espacial y temporal de los Tratados Internacionales es necesario destacar que sólo se producirá la vinculación obligatoria entre los Estados Parte cuando éstos hayan procedido a la ratificación de los Convenios Internacionales y los mismos hayan entrado en rigor conforme las normas internacionales de vigencia de los Tratados.

A) **Ámbito espacial** de los Tratados de Montevideo de 1889-1940 y CIDIP I-II vinculados con la República Argentina.

a) Tratados de Montevideo de 1889:

— *Protocolo Adicional;* vincula la República Argentina con Bolivia y Perú.
— *Tratado de Derecho Civil Internacional;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú y Colombia.
— *Tratado de Derecho Comercial Internacional;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú y Colombia.
— *Tratado de Derecho Procesal Internacional;* vincula República Argentina con Bolivia, Perú y Colombia.
— *Tratado sobre Profesiones Liberales Internacional;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú y Colombia.
— *Tratado de Derecho Penal Internacional;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay.
— *Tratado sobre Propiedad Literaria Internacional;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay.

— *Tratado sobre Patentes;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay.
— *Tratado sobre Marcas;* vincula la República Argentina con Bolivia, Perú, Uruguay y Paraguay.

b) Tratados de Montevideo de 1940:

— *Protocolo Adicional;* vincula la República Argentina con Uruguay y Paraguay.
— *Tratado de Derecho Civil Internacional;* vincula la República Argentina con Uruguay y Paraguay.
— *Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional;* vincula la República Argentina con Uruguay y Paraguay.
— *Tratado de Derecho Comercial Marítimo Internacional:* vincula la República Argentina con Uruguay y Paraguay.
— *Tratado de Derecho Procesal Internacional;* vincula la República Argentina con Uruguay y Paraguay.
— *Tratado sobre Profesiones Liberales;* vincula la República Argentina con Uruguay y Paraguay.

c) Convención de Montevideo de 1933:

— Sobre *Extradición;* vincula a la Argentina con Chile, Colombia, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, E.E.U.U., Honduras, México, Nicaragua y Panamá.

d) Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado:

Primera Conferencia (CIDIP I):
— Convenio sobre *Letra de Cambio, Pagarés y Facturas;* vincula a la Argentina con Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela y República Dominicana.

— Convenio sobre *Exhortos o Cartas Rogatorias;* vincula la Argentina con Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
— Convenio sobre *Recepción de Pruebas en el Extranjero;* vincula la Argentina con: Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela.
— Convenio sobre *Régimen de Poderes para ser Utilizado en el Extranjero;* vincula la República Argentina con Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Venezuela, República Dominicana.
— Convenio sobre *Arbitraje Comercial Internacional;* vincula la República Argentina con Brasil, Costa Rica, Chile, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.

Segunda Conferencia (CIDIP II):

— Convenio sobre *Normas Generales de Derecho Internacional Privado;* vincula la República Argentina con Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
— Convenio sobre *Sociedades Mercantiles;* vincula la República Argentina con Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
— Convenio sobre *Información Acerca de Derecho Extranjero;* vincula la República Argentina con Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
— Convenio sobre *Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros;* vincula la República Argentina con Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.
— Convenio sobre *Medidas Cautelares;* vincula la República Argentina con Colombia, Ecuador, España, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay.

— *Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias;* vincula la República Argentina con Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México, Paraguay, Perú y Uruguay.

Tercera Conferencia (CIDIP III):

— *Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero;* vincula la República Argentina con México.

Cuarta Conferencia (CIDIP IV) y *Quinta Conferencia* (CIDIP V):

Hasta la fecha (agosto de 1997) la República Argentina no ha ratificado ninguna convención.

B) **Ámbito temporal** de los Tratados de Montevideo de 1889-1940 y de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado vinculados con la República Argentina.

a) Tratados de Montevideo de 1889:

— *Tratado de Derecho Civil Internacional.*
Ratificado por la República Argentina por ley 3192 del 11/12/1894.
Ratificado por la República de Bolivia por ley 17/11/1903.
Ratificado por la República del Perú por ley 4/11/1889.
Ratificado por la República de Colombia por decreto 20/3/1934.

— *Tratado de Derecho Comercial Internacional.*
Ratificado por la República Argentina por ley 3192 del 11/12/1894.
Ratificado por la República de Bolivia por ley 17/11/1903.
Ratificado por la República del Perú por ley 4/11/1889.
Ratificado por Colombia por decreto 20/3/1934.

— *Tratado de Derecho Procesal Internacional.*
Ratificado por la República Argentina por ley 3192 del 11/12/1894.
Ratificado por la República de Bolivia por ley 17/11/1903.
Ratificado por la República del Perú por ley 4/11/1889.
Ratificado por la República de Colombia por decreto 20/3/1934.
— *Tratado sobre Profesiones Liberales.*
Ratificado por la República Argentina por ley 3192 del 11/12/1894.
Ratificado por la República de Bolivia por ley 17/11/1903.
Ratificado por la República del Perú por ley 4/11/1889.
Ratificado por la República de Colombia por decreto 20/3/1934.
— *Tratado sobre Derecho Penal Internacional.*
Ratificado por la República Argentina por ley 3192 del 11/12/1894.
Ratificado por la República de Bolivia por ley 17/11/1903.
Ratificado por la República del Perú por ley 4/11/1889.
Ratificado por la República del Paraguay por ley 3/9/1889.
Ratificado por la República del Uruguay por ley 3/10/1892.
— *Tratado sobre Propiedad Literaria: ídem Penal.*
— *Tratado sobre Patentes: ídem Penal.*
— *Tratado sobre Marcas: ídem Penal.*

b) Tratados de Montevideo de 1940:

— *Tratado de Derecho Civil Internacional.*
Ratificado por la República Argentina por decreto-ley nº 7771 del 27 de abril de 1956, publicado B. O. 8/5/1956.

Ratificado por la República Oriental del Uruguay por decreto-ley del 12/11/1942.
Ratificado por la República del Paraguay por ley 14/7/1950; vigente a partir del depósito de ratificación en Montevideo el 29/1/1958.

— *Tratado sobre Derecho Comercial Terrestre: ídem Civil.*
— *Tratado sobre Derecho Comercial Marítimo: ídem Civil.*
— *Tratado sobre Procesal Internacional: ídem Civil.*
— *Tratado sobre Profesiones Liberales.*
Ratificado por la República Argentina por decreto-ley 468 del 18/1/1963 publicado en B. O. el 26/1/1963.
Ratificado por la República Oriental del Uruguay por decreto-ley del 12/11/1942.
Ratificado por la República del Paraguay por ley 14/7/1950; vigente a partir del depósito de ratificación en Montevideo el 29/1/1958.

c) **Convención de Montevideo de 1933, sobre Extradición,** suscripta el 26 de diciembre de 1933, ratificada por la Argentina por decreto-ley n° 1638 del 31 de enero de 1956.

d) **Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado:**

Primera Conferencia (CIDIP I):

— Convenio sobre *Letra de Cambio, Pagarés y Facturas.*
Ratificado por la Argentina por ley 22.691.
— Convenio sobre *Exhortos o Cartas Rogatorias.*
Ratificado por la Argentina por ley 23.503.
— Convenio sobre *Recepción de Pruebas en el Extranjero.*
Ratificado por la Argentina por ley 23.481.
— Convenio sobre *Régimen de Poderes para ser utilizados en el Extranjero.*
Ratificado por la Argentina por ley 22.550.

— Convenio sobre *Arbitraje Comercial Internacional.*
Ratificado por la Argentina por ley 24.322.

Segunda Conferencia (CIDIP II):
— Convenio sobre: *Normas Generales de Derecho Internacional Privado.*
Ratificado por la Argentina por ley 22.921.
— Convenio sobre: *Sociedades Mercantiles.*
Ratificado por ley 22.921.
— Convenio sobre: *Información acerca del Derecho Extranjero.*
Ratificado por ley 23.506.
— Convenio sobre: *Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales.*
Ratificado por ley 22.921.
— Convenio sobre: *Medidas Cautelares.*
Ratificado por ley 22.921.
— Convenio sobre: *Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.*
Ratificado por ley 23.503.

Tercera Conferencia (CIDIP III):
— *Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.*
Ratificado por ley 24.037.

De lo expuesto surge que tanto los Tratados de Montevideo como las Convenciones Interamericanas de Derecho Internacional Privado tienen, por la vinculación de nuestro país con numerosos países del continente, especial trascendencia.

Cabe destacar que la coexistencia de ambos llama a la reflexión en cuanto a la necesidad de una armonización de los Tratados de Montevideo con la regulación de las CIDIP para facilitar una mayor seguridad jurídica en las relaciones internacionales; ello, sin perjuicio de destacar la permanencia y actualidad de los principios que informan los Tratados de Montevideo.

C) Cuadros

ESTADOS MIEMBROS DE LA CONFERENCIA	ARGENTINA	BOLIVIA	BRASIL	COLOMBIA	COSTA RICA	CHILE	ECUADOR	EL SALVADOR	EE.UU.	GUATEMALA	HAITÍ	HONDURAS	MÉXICO	PANAMÁ	PARAGUAY	PERÚ	R. DOMINICANA	TRIN. TOBAGO	URUGUAY	VENEZUELA	ESPAÑA
C.I.D.I.P. I																					
Letra de Cambio *	R				R	R	R	R		R		R	R	R	R	R	R		R	R	
Exhortos *	R				R	R	R	R	R	R		R	R	R	R	R			R	R	A
Recepción de Pruebas *	R				R	R	R	R		R		R	R	R	R	R			R	R	
Poderes *	R	R	R		R	R	R	R		R		R	R	R	R	R	R		R	R	
Cheques																					
Arbitraje Comercial Internacional	R		R		R	R		R		R		R	R	R	R				R	R	
C.I.D.I.P. II																					
Normas Generales *	R			R			R			R			R		R	R			R	R	
Sociedades Mercantiles *	R									R			R		R	R			R	R	
Información de Derecho Extranjero *	R			R			R	R		R			R		R	R			R	R	A
Eficacia Sentencias *	R			R			R						R		R	R			R	R	
Medidas Cautelares *	R			R			R			R					R	R			R		A
Protocolo Exhortos *	R						R		R	R			R		R	R			R		

Cheques			
Domicilio de Personas Físicas			R
C.I.D.I.P. III			
Adopción de Menores			R
Personalidad y Capacidad Pers. Juríd.			R
Comp. Int. para la Eficacia *Extraterritorial* Sentencias Extranjeras			
Protocolo Recepción de Pruebas	R		R
C.I.D.I.P. IV			
Restitución Internac. de Menores		R	R
Obligaciones Alimentarias			
Contrato de Transporte *Mercaderías* por Carretera			
C.I.D.I.P. V			
Conv. Interam. Tráfico Internacional de *Menores*			
Conv. Interam. Derecho Aplicable a *Contratos* Internacionales			R

* = En vigor; R = Ratificación; A = Adhesión Estados no Miembros.

TRATADOS DE MONTEVIDEO	ARGENTINA	BOLIVIA	COLOMBIA	ECUADOR	PARAGUAY	PERÚ	URUGUAY
1889							
Derecho Civil *	R	R	A			R	
Derecho Comercial *	R	R	A			R	
Derecho Procesal *	R	R	A			R	
Derecho Penal *	R	R				R	
Prop. Literaria * **	R	R				R	
Patentes *	R	R				R	
Marcas *	R	R				R	
Profesiones Liberales *	R	R	A	A		R	
Protocolo *	R	R				R	
1940							
Derecho Civil *	R				R		R
Der. Com. Terrestre *	R				R		R
Der. Com. Marítimo *	R				R		R
Derecho Procesal *	R				R		R
Profesiones Liberales *	R				R		R
Protocolo *	R				R		R
Propiedad Intelectual *	R				R		R

* = En vigor; R = Ratificación; A = Adhesión.

** Países europeos adheridos: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia.

Capítulo IV

HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Introducción

Nadie mejor que Armand Lainé expone los orígenes y la historia de la llamada teoría de los estatutos en su célebre obra *Introduction au droit international privé* (t. I, París, 1888, pág. 47): "La Italia septentrional ocupaba en la Edad Media una situación política y social única. Pequeños Estados, numerosos, populosos, vecinos y comerciantes, que establecían frecuentes relaciones. Tenían leyes municipales, los estatutos, los cuales diferían del derecho común, esto es, en último análisis, del Derecho romano, y variaban de territorio en territorio. De ahí resultó que por virtud de las traslaciones de los súbditos de estos diversos Estados, y por virtud de las adquisiciones, enajenaciones, testamentos y otros actos realizados por ellos fuera de su Estado, se producían conflictos, sea entre los estatutos y el derecho romano, o entre estatutos entre sí. Se hizo necesario resolverlos. ¿A quién pedir las reglas de resolución? Hombres de ciencia y experiencia allí se encontraban: eran los juristas de las escuelas, los cuales propusieron un cierto número de reglas. ...Cuando el conflicto era entre dos estatutos entre sí, se podían concebir dos soluciones. Una consistía en darles un carácter territorial absoluto: cada ciudad imponía sus estatutos, en la esfera de su jurisdicción, a todas las personas y a todas las cosas, terminando el poder de los estatutos en los límites de su jurisdicción. La otra consistía en admitir, en cada caso o para cada relación jurídica, la preponderancia del estatuto indicado por la razón como más justo. La primera solución hubiera sido conforme al principio feudal de soberanía absoluta de los Estados; la segunda era

aconsejada por las necesidades del comercio y el espíritu equitativo del derecho romano. Fue en este último camino que se entró. Entendiéndose que el conflicto de estatutos debía ser resuelto de modo más conforme con el interés general y que, para eso, en ciertos casos, los jueces de un país tenían la obligación de aplicar tal o cual ley extranjera".

Por todo ello fue que en Italia se constituyera la primera escuela destinada a examinar y solucionar los conflictos de leyes o de estatutos. Los jurisconsultos italianos expusieron su teoría comentando las leyes romanas, y tomaron como punto de partida las palabras: *"Cunctos Populus quos clementiae nostrae regit imperium"*, las primeras de la ley primera del Código de Justiniano, constitución de Teodosio, Valentiniano y Graciano, *"De Summa Trinitate et Fide Catholica"*, a pesar de que —como bien señala Weiss— ninguna palabra se encuentra en ella que aluda a tales cuestiones.

2. Origen

Entre los glosadores que de este tema se ocuparon encontramos a Acursio, quien en 1228 habría de comentar el texto mencionado que decía: "Deseamos que todos los pueblos sometidos al imperio de nuestra clemencia profesen la religión que San Pedro Apóstol enseñó a los romanos, según declara hasta hoy la propia religión por el mismo practicada y mandamos que todos los que observen esa ley estén comprendidos bajo el nombre de cristianos católicos". Esta ley le sugiere a Acursio el siguiente comentario: "Si un habitante de Bolonia se traslada a Módena no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como lo demuestra la frase de la ley *Cunctos Populus:* los que estén sometidos a nuestra benévola autoridad".

Esta Glosa Magna importó el reconocimiento del principio rector de nuestra disciplina: la aplicación extraterritorial del derecho; y por tanto, marcó con certeza la génesis u origen del Derecho Internacional Privado.

3. Teoría de los estatutos.

a) Escuela italiana. Siglos XIII a XV.

Origen.

Tres son los factores fundamentales que determinan el inicio de la Escuela italiana; a saber:

a) Político: El feudalismo no era arraigado, y las distintas ciudades que formaban el Santo Imperio Romano Germánico —Pisa, Milán, Módena, Venecia— tenían estatutos propios pero sometidos a la ley romana.

b) Económico: El intenso tráfico comercial de las ciudades de Lombardía con otros países.

c) Jurídico: Con la paz de Constanza en 1183 las ciudades lombardas logran autonomía legislativa no obstante la coexistencia con el Derecho Romano que se aplicaba supletoriamente. Se producen conflictos entre el Derecho Común y los estatutos de las diferentes ciudades y conflictos entre los estatutos de las ciudades.

Autores.

Después de los glosadores de los siglos XI y XII —Acursio, Irnerius, Placentino y otros—, nos encontramos con los posglosadores —Baldo, Alberico de Rosata, Bártolo—, quienes comentan el Derecho Romano Común, no basándose en la interpretación auténtica por la intención del legislador, como lo hacían los glosadores, sino buscando la razón de la ley.

Entre los mencionados autores —posglosadores— merece destacarse en el siglo XIV a Bártolo de Sassoferrato (1314-1357). Éste fue profesor de la Universidad de Pisa, Bolonia y Perusa.

La contribución más importante de Bártolo a la doctrina sobre Conflictos de Leyes aparece en su *Commentarius in Codice ad Legem Cunctos Populos,* expuesta en el apéndice de la traducción de Savigny hecha por Gunthrie bajo el título *Private International Law* en 1880.

Este autor analiza distintas categorías jurídicas; así:

Contratos:

Forma: Se rige por la ley del lugar de celebración del contrato.

Fondo:

Efectos normales: Se rige por la ley del lugar de celebración.

Efectos accidentales (ej., mora): Se rige por la ley del lugar de ejecución.

Delitos:

Comunes (ej., homicidio): Se aplica el Derecho local por ser el del lugar de perpetración del delito.

Típicos de un determinado lugar (ej., la comercialización del trigo en Parma estaba prohibida y sólo las autoridades de esa ciudad podían hacerlo): Para aplicar la ley del lugar de comisión del delito era necesario analizar: *a*) si el extranjero residió en el territorio el tiempo suficiente para conocer el estatuto; *b*) si el hecho era comúnmente prohibido en todas las ciudades.

Bienes:

En materia de bienes se aplica el estatuto de la ley del lugar de situación *(lex rei sitae).*

Testamentos:

Forma: Se rige por la ley local.

Capacidad para testar: Ley personal del testador.

Fondo: Interpretación de las disposiciones de última voluntad: Se rige por la ley del lugar de otorgamiento.

Sucesiones:

Para Bártolo la sucesión atañe al Derecho de Familia o al Derecho de los bienes, según cómo comience el estatuto.

Así, si la redacción del estatuto comienza con el término bienes, se rige por la *lex rei sitae;* si la redacción del estatuto comienza con el término persona se rige por la ley del domicilio. Así, estaríamos frente a un estatuto personal si el mismo expresa: "El primogénito sucede...", y ante un estatuto real si el mismo expresa: "Los bienes pasan al primogénito exclusivamente...".

La sucesión *ab intestato* se rige por la ley del último domicilio del causante. Pero si esta ley establece el Mayorazgo ese estatuto es territorial porque es un estatuto desfavorable y odioso. Supone que si quedan bienes en Inglaterra y éste es el último domicilio del causante rige el Mayorazgo; pero si quedan bienes en Italia, se aplica el derecho italiano a los bienes situados en Italia, y a los bienes situados en Inglaterra el derecho inglés. Aparece con Bártolo el primer atisbo del Orden Público Internacional.

Procesal:

Formas ordenatorias: Se aplica la ley del Tribunal.

Formas decisorias: Se rige por la ley de fondo (ej., admisibilidad de la acción).

Clasificación de los estatutos:

La escuela italiana clasifica los estatutos en:

Favorables: amplían o tutelan la personalidad jurídica. Son extraterritoriales.

Desfavorables: consagran una incapacidad o prohíben la realización de un acto. Son territoriales.

Es de destacar que un estatuto que determine la incapacidad de un menor impúber es considerado favorable pues tiende a proteger al menor.

Fundamento: El fundamento del Derecho Internacional Privado entendido como aplicación de la ley extranjera se basa en la *Justicia,* cuya fuente es el derecho romano común que era la razón escrita.

Método: El método utilizado es escolástico, casuista e inductivo.

Así, en el caso de la llamada "cuestión inglesa" sobre primogenitura la ley era aplicable a los inmuebles dejados por un inglés fuera de su país. Según Bártolo, dependía de la redacción de la ley inglesa. Así, si ésta prescribía que el primogénito sucedía en la propiedad, la respuesta debía ser afirmativa, pero si la ley prescribía que la propiedad pasaba al primogénito, debía ser negativa; ello por cuanto si el estatuto comenzaba con el término "persona", correspondía al Derecho de Familia y se aplicaba la ley del domicilio, pero si el estatuto comenzaba con el término "propiedad", correspondía al derecho de los bienes y se aplicaba la *lex rei sitae.*

Aportes y trascendencia: En materia contractual, la distinción entre la forma y el fondo del acto jurídico. También se diferencian los efectos normales y accidentales en dicha materia. Este criterio se plasma en la legislación contemporánea: Tratado de Derecho Comercial Terrestre de Montevideo 1940 en materia de Transportes.

Con respecto al tema procesal, la diferenciación entre formas decisorias y ordenatorias en cuanto a ley aplicable, distinción aceptada universalmente.

En materia de forma, la regulación por la *locus regit actum.*

En cuanto al régimen de bienes es de aplicación la *lex rei sitae.*

Cabe destacar, como contribución doctrinal a nuestra materia, el vislumbre del problema del Orden Público Internacional y el Asiento de las relaciones jurídicas.

b) Escuela estatutaria francesa del siglo XVI.

El origen de esta escuela se produce por la diversidad legislativa. En el sur fue receptado el Derecho Romano y prevaleció el territorialismo estricto; mientras que Luis XI quiso afianzar su poder real aplicando las costumbres de París en las regiones que tenían un derecho especial. La extraterritorialidad fue un arma que utilizaron los monarcas contra las autonomías regionales.

Autores.

Los máximos expositores de la Escuela francesa del siglo XVI son Charles Dumoulin (1500-1566) y Bertrand D'Argentré (1519-1590).

Charles Dumoulin interpreta los intereses del poder real, es decir el centralismo, el cual se logra aplicando el principio "las fronteras no detienen la aplicación de las leyes"; en tanto Bertrand D'Argentré representa los intereses del feudalismo.

Charles Dumoulin clasifica los estatutos en:

Relativos a la forma:

Forma de los actos: Se rige por la ley *locus regit actum.*

Forma del proceso: Se rige por la *lex fori.*

Relativos al fondo del Derecho:

Estatutos que tienen por objeto actos en que se reconoce la *autonomía de la voluntad:* los que rigen las convenciones.

Estatutos que dependen puramente de la *ley:*

estatutos reales (territoriales);

estatutos personales (extraterritoriales).

Delitos: Ley del lugar de comisión del delito. Excepción: que la pena prevista en el lugar de comisión del delito fuera más grave que la que impone el Derecho común, en cuyo supuesto prevalece ésta.

Dumoulin analiza el caso de los esposos De Gane, quienes tenían bienes dentro y fuera de París y se casaron sin Convención nupcial. Si a los bienes inmuebles de la mujer se le aplicaba la *lex situs* (de acuerdo a la costumbre), sobre ellos recaía una dote a favor del marido; pero si a todos los bienes se aplicaba la Costumbre de París, todos los bienes integraban una comunidad.

Señala el autor que si bien no hubo Convención expresa, pudo haber Convención tácita y el caso estaría regulado por el lugar de domicilio. Como ellos se habían radicado en París, ello implicaba una Convención tácita a ser regulados por esa

ley. Posteriormente, este autor dictó cátedra en la Universidad de Tubingen (Alemania) y allí estudió la autonomía de la voluntad en base a los actos jurídicos.

Método: Escolástico, pragmático. Estudia especialmente los estatutos y los casos a que pueden aplicarse.

Fundamento: Principio de justicia.

Bertrand D'Argentré desarrolla su doctrina a partir de la glosa 218 de las Costumbres de Bretaña, que disponía: "toda persona dotada de buen sentido podía legar un tercio de sus bienes a un extraño siempre que al hacerlo no defraudara a sus herederos". Basándose en ello expone su teoría de los estatutos clasificándolos en:

Reales (territoriales):
relacionados con *inmuebles* se rigen por la *lex situs;*
relacionados con *muebles* se rigen por la ley del domicilio del propietario;
se refieren a incapacidades especiales.

Personales (extraterritoriales). Se relacionan con la capacidad e incapacidad general.

Mixtos (territoriales). Se refieren a personas y cosas.

Método: El método utilizado por D'Argentré no es escolástico.

Fundamento: Principio de justicia.

Aportes y trascendencia: Los aportes fundamentales de la Escuela francesa del siglo XVI son el esbozo del principio de la autonomía de la voluntad (Dumoulin) y el régimen de las incapacidades especiales (D'Argentré).

c) Estatutarios españoles.

Los investigadores dedicados a rehacer la historia de la doctrina española de los estatutos destacan que las Siete Partidas contienen las primeras disposiciones positivas, aunque vagas, de Derecho Internacional Privado, las cuales

poseen rasgos de personalidad e incluso de poco servilismo romano —según expresa Vicente Luis Simó Santonja en su trabajo publicado en R.E.D.I. 1955— cuando en la ley XXV título XI de la Partida IV pide para los pactos patrimoniales matrimoniales la aplicación de la ley de celebración de la convención, cuando la opinión generalizada era favorable a la tesis del domicilio del marido. ("E dezimos que el pleyto que ellos pusieron entre sí, deve valer en la manera que se avinieron, ante que cassasen, o cuando casaron; e non deve ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen a morar. Esso mismo seria, magüer ellos non pusiessen pleyto entre sí: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento, deve valer, quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fiziezen, e non la de aquel lugar do se cambiaron").

La selección de este texto ha sido realizada *ex professo* por la valoración de la autonomía de la voluntad, ya en 1256, lo que hace elogiable por su anticipación a Bártolo y sus discípulos y a Dumoulin.

La Escuela de Estatutarios españoles se desarrolla fundamentalmente en el siglo XVI, y es de lamentar el escaso conocimiento que de la misma se tiene.

Entre los autores que se han destacado encontramos al catalán Ferrer, al aragonés Cáncer y al castellano Gregorio López, quienes demuestran un acabado conocimiento de la doctrina de los estatutarios italianos, sobre todo de Bártolo y de Baldo, aunque en ocasiones se separaron de sus soluciones; máxime teniendo en cuenta el alto prestigio que gozaba en las universidades españolas el primer autor, muestra de lo cual es la expresión vulgar estudiantil procedente de esa época de "liar los bártulos".

La influencia de la doctrina italiana se advierte en las categorías tomadas por los españoles, como las distinciones entre *litis ordinatio* y *litis decissio*, o entre estatutos favorables y odiosos, sin perjuicio de reconocerles el mérito de su originalidad cuando, al glosar la partida mencionada, admiten la inmutabilidad de las convenciones matrimoniales expresas o tácitas, con lo cual se anticiparon al desarrollo de la tesis de la autonomía de la voluntad y por qué no al fraude a la ley.

d) Escuela flamenco-holandesa del siglo XVII.

Origen.

Las provincias flamenco-holandesas, después de las guerras con España, toman la doctrina de D'Argentré, que se caracterizaba por un principio territorialista y ello se debió a que el centro de estudios jurídicos se trasladó de Francia a Holanda.

La teoría de D'Argentré se plasma en el Edicto Perpetuo de 1611, y del Derecho flamenco y de Flandes pasa a Holanda.

Autores.

Entre otros se destacan en esta escuela Nicolás Burgundus (1586-1649), y Christian Rodenburg (1618-1668). En Holanda, Pablo Voet (1619-1677), Juan Voet (1647-1714) y Ulrico Huber (1636-1694).

Pablo Voet: Es el primero que enuncia el principio de la *comitas gentium.* Para algunos, como acto de benevolencia del juez, para otros la aplicación del principio se basa en el interés común de los pueblos.

Juan Voet: Clasifica los estatutos en:

Personales: Se refieren a las personas.

Reales: Se refieren a las cosas.

Mixtos: Se refieren a la forma y solemnidades de los actos. Se aplica la ley *locus regit actum.*

Ulrich Huber: Sintetiza los principios de esta escuela en tres axiomas, a saber: *a*) La ley de cada Estado rige dentro de los límites de su territorio y para todos sus súbditos, pero no tiene fuerza fuera de él.

b) Se consideran súbditos todos los que se encuentran dentro del territorio de un Estado en forma definitiva o temporaria.

c) Los jefes de Estado por cortesía pueden permitir la aplicación del Derecho extranjero.

Fundamento: Para todos estos autores el Derecho tenía un carácter estrictamente territorial, y si bien admitían excepciones, ellas no tenían fundamento jurídico sino motivos de conveniencia. No se consideraba anómalo que una persona fuera capaz en un lugar e incapaz en otro, sino un simple inconveniente práctico para la vida de los negocios. De ahí que para salvar las dificultades de orden práctico admitían la aplicación de leyes extrañas por el principio de la *cortesía internacional* o *comitas gentium ob reciprocam utilitatem.*

Aportes y trascendencia: Los principios y fundamentos de la Escuela holandesa se plasman principalmente en la doctrina y jurisprudencia angloamericana. Fue fuente de Vélez Sarsfield a través de J. Story (art. 13, Código Civil). Tratamiento autónomo del principio *"locus regit actum".*

e) Escuela francesa del siglo XVIII.

La concreción de la independencia nacional se ve reflejada en una postura doctrinaria que admite con más amplitud la extraterritorialidad de los estatutos.

Autores:

Los autores que se destacan son: Luis Boullenois (1682-1782), Bouhier (1673-1746) y Luis Froland.

Luis Boullenois: Clasifica los estatutos en:

Estatutos personales (extraterritoriales):

Universales. Son extraterritoriales. Siguen a la persona de una manera general para todos los actos de la vida civil (ej., mayoridad).

Particulares. Son extraterritoriales. Se refieren a la capacidad para realizar determinados actos. Son extraterritoriales los que afectan la persona con abstracción de los bienes.

Estatutos reales (territoriales):

Para los muebles rige la *lex situs* (como no tienen asiento fijo, a veces se rigen por la ley del domicilio).

Para los inmuebles rige la *lex situs.*

Para Boullenois, en caso de conflicto entre el Estatuto personal del domicilio y el estatuto de otro lugar, prevalece el primero.

En caso de conflicto entre el Estatuto real del domicilio y el de otro lugar prevalece este último.

Estatutos referidos a las convenciones (contratos):

Condiciones de validez: rige la ley del domicilio de las partes en lo que se refiere a la capacidad.

Forma: rige la ley del lugar de celebración.

Efectos con relación a los bienes: rige la *lex rei sitae.*

Estatuto de la Comunidad entre esposos:

Estatuto personal: ley del marido.

Estatuto bienes: lex rei sitae.

Fundamento: El fundamento que da este autor a la aplicación extraterritorial de los estatutos es la Justicia.

Bouhier: Este autor, a diferencia de lo que expone Boullenois, considera que en caso de duda respecto de si un estatuto es personal o real, debe considerárselo como personal.

Aplica el principio de la extraterritorialidad en los estatutos referentes a capacidad general o particular, convenciones expresas o tácitas y comunidad entre esposos.

Fundamento: El fundamento que sostiene Bouhier a la aplicación extraterritorial de los estatutos es el de la Justicia y el de la Cortesía Internacional; siendo ambos conceptos contradictorios, atento a que el primero es sinónimo de "necesidad", y el segundo lo es de "facultad" (pertenece a una escuela de transición).

Luis Froland: Para Froland la persona es lo principal y los bienes lo accesorio. Establece el principio de la

irrevocabilidad de la capacidad adquirida y de la adquisición de la capacidad.

Realizó un importante trabajo de recopilación de jurisprudencia y es considerado un autor de avanzada, ya que analiza cuestiones como el problema de las calificaciones y del reenvío (rechazándolo).

Froland estudió la Costumbre de Normandía, que anulaba el testamento hecho en los tres últimos meses de vida del testador, y la Costumbre de París, que no contenía tal disposición. Se planteó el jurista si esa disposición era una cuestión de naturaleza sucesoria, si se refería a la capacidad del testador o si afectaba las formas extrínsecas del testamento.

Si se la consideraba como una cuestión relativa a la sucesión, el testamento era nulo en Normandía y válido en París. Si se lo consideraba como un problema de capacidad del testador, se aplicaba la ley del domicilio, y si se trataba de una cuestión de forma, regía la regla *locus regit actum*.

Según Froland, cada Parlamento debía aplicar su propia calificación.

Fundamento: Este autor fundamenta la aplicación extraterritorial de los estatutos en el principio de Justicia.

Aportes y trascendencia: Sintetiza seis siglos de doctrina. Trasciende esta escuela principalmente por el análisis de las unidades patrimoniales, la irrevocabilidad de la capacidad adquirida (arts. 138 y 139, Código Civil), la adquisición de la capacidad, el esbozo del problema de las calificaciones y el reenvío.

f) Conclusión.

El aporte más valioso de las doctrinas estatutarias ha sido, y ello sin desconocer su criticable método científico, el haber generado soluciones que permanecen vigentes en el Derecho Internacional Privado actual, lo cual justifica habernos detenido en su análisis.

4. Sistemas alemanes. Siglo XIX.

Convencidos de que las escuelas estatutarias no daban respuestas concluyentes a las cuestiones de Derecho Internacional Privado, los autores alemanes del siglo XIX —glosando la ley romana que regía en Alemania en forma paralela a los derechos de los estados particulares— vinculan las soluciones a los conflictos de leyes con el fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho. Entre estos autores deben destacarse figuras como:

Zachariae: "Toda relación de Derecho debe juzgarse según la ley del país a que pertenece el juez que se pronuncia sobre el caso".

Según este concepto, pareciera que se sienta el principio de la territorialidad, pero ello depende del contenido de la *lex fori,* porque si la ley del juez admite la aplicación del Derecho extranjero, se aplica a este Derecho.

Por supuesto que el sistema de la *lex fori* lleva, en la época feudal, a la aplicación exclusiva de la ley territorial, pero ya en la época de Zachariae las leyes estaban imbuidas de un espíritu universalista y admitían la aplicación de las leyes extranjeras.

Zachariae establece tres excepciones a esta regla:

1) cuando las partes por contrato dispusieran otra cosa;
2) cuando los gobiernos hubieran celebrado un tratado;
3) cuando el caso resulta resuelto por una ley positiva o la excepción está fundada en la regla *locus regit actum.*

Wächter: Este autor admite que el juez emplee la *lex fori,* lo cual hace aplicable el Derecho extranjero. Señala que debía estudiarse el sentido de la ley del juez para saber si esa ley permitía la aplicación de una ley extraña. Debía estudiarse, por lo tanto, la naturaleza de la *lex fori* para conocer su espíritu y poder aplicar Derecho extranjero.

Wächter, en vez de elaborar un sistema general, pone fin a la dificultad por medio de una regla "el juez aplicará el Derecho de su propia nación".

Schäffner sienta un principio general: "Toda relación de Derecho debe ser juzgada según el Derecho local del lugar donde ha nacido". Este autor analiza ciertas entidades jurídicas que son favorables a la aplicación extraterritorial del Derecho, como ocurre con las universalidades jurídicas (por ej., el patrimonio). Así, una universalidad tiene una serie de derechos —creditorios, reales, personales—, y por su misma naturaleza tiene que subordinarse a una unidad legislativa que la gobierne, lo cual significa que muchos derechos que constituyen esa universalidad están sometidos a una ley única diferente a la del territorio donde se encuentran.

De ahí que para todos esos derechos la ley que rige la universalidad resulta una ley extraterritorial.

Esta distinción entre derechos considerados *ut singulis* y *ut universitatis* llevó a Schäffner a ampliar la aplicación extraterritorial del Derecho.

Establecido el principio, Schäffner demuestra sus aplicaciones. Así, con respecto a

Personas: Estado y Capacidad se rige por ley del domicilio.

Bienes:

Ut singulis:

Inmuebles: *lex situs.*

Muebles: ley domicilio de la persona.

Ut universitatis: ley domicilio propietario.

Actos:

Forma: ley del lugar del acto.

Fondo o contenido: señala los elementos que influyen:

a) capacidad jurídica de la persona en general o para realizar determinados actos;
b) leyes del lugar en el que se ejecuta el acto;
c) leyes a las cuales está sometido el objeto al cual hace referencia el acto.

Esta regla es criticada por Savigny, quien estima que tener en consideración el lugar de nacimiento de una relación no es suficiente para determinar la ley local aplicable.

Haus: Este autor resuelve todo conflicto de leyes por el principio de la autonomía de la voluntad. Propuso aplicar la ley elegida presuntivamente por las partes; caso contrario se aplica la *lex fori.*

Método: utiliza el método deductivo y generalización científica.

Aporte: Lo importante de esta escuela es la búsqueda de principios generales.

5. Escuela angloamericana. Siglos XIX y XX.

Origen.

El origen de la doctrina sobre conflictos de leyes en los derechos inglés y norteamericano.

La unión política entre Inglaterra y Holanda en tiempos de Guillermo III, su situación geográfica, su proximidad, como también los estudios de juristas ingleses en Holanda, influyeron para que en Inglaterra se receptaran los principios de la escuela holandesa.

En un principio, el sistema de jurado del Derecho inglés impidió que acciones basadas por ejemplo en contratos concluidos en el extranjero fueran analizados por los tribunales, pues éstos sólo podían conocer su propio Derecho.

Los problemas sobre conflictos de leyes fueron al principio exclusivamente de carácter jurisdiccional. Sólo a través de una ficción pudieron los tribunales asumir jurisdicción respecto de acciones basadas en hechos pasados en el extranjero; la ficción determinaba que ese hecho ocurrido en el extranjero se considerara como ocurrido en el lugar del Tribunal (inglés) y por supuesto aplicaban exclusivamente esa ley (ley inglesa).

Con posterioridad al siglo XVIII, los tribunales aplican la ley extranjera en forma indirecta (ej.: "Dungannon c/ Hackett" —1702—). En este caso se aplicó una ley irlandesa por parte de un tribunal inglés, determinándose que la tasa de interés de una obligación contraída en Irlanda debía ser pagada de acuerdo a la ley del lugar donde se concluyó la

convención (cita de A. Nussbaum, en *Principios de Derecho Internacional Privado*).

Con posterioridad, se otorga validez a la legislación extranjera pero siempre con un fundamento basado en la consideración del Derecho extranjero como un "hecho".

Autores: Se destacan Story, Burge, Wheaton, Beale, Lorenzen, etc.

Joseph Story (1779-1845). Norteamericano. En su monumental obra *Commentaries on the conflicts of laws* —1834— mediante la utilización del método inductivo extrae de las decisiones judiciales los principios generales que permitían la solución de los conflictos de leyes. Sintetiza las reglas generales del *Common Law* en lo relacionado con conflictos de leyes, de la siguiente manera:

1) Las reglas acerca de los conflictos de leyes son de carácter nacional.

2) El Derecho extranjero es un hecho que los jueces nacionales aplican por cortesía internacional.

3) El estado y capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, no obstante admite excepciones como, por ejemplo: *a)* la capacidad para adquirir inmuebles se rige por la *lex situs; b)* la capacidad para contratar se rige por la ley del contrato; *c)* la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley del lugar de celebración.

4) Los bienes inmuebles se rigen por la *lex situs;* los muebles, por la ley del domicilio del propietario.

5) Los contratos se rigen por la ley del lugar de celebración.

6) Las formas matrimoniales y la capacidad de los contrayentes, por la ley del lugar de celebración, aunque éstos hubiesen abandonado su domicilio para no sujetarse a las leyes y formas que en él rigen.

7) La sucesión inmobiliaria se rige por la ley de situación.

Fundamento: Funda la aplicación extraterritorial del derecho en la *comitas gentium* o cortesía internacional.

Albert Venn Dicey. Inglés. La cortesía o *comitas gentium* como fundamento de la aplicación extraterritorial del Derecho fue sustituida por la doctrina de los *vested rights* o teoría de los "derechos revestidos o adquiridos".

Dicey, en su obra *Conflicts of laws* —1896— manifiesta que el punto de partida es la estricta territorialidad y por lo tanto el Tribunal debe aplicar exclusivamente su propia ley.

Las leyes extranjeras serán aplicadas cuando se reconoce un derecho subjetivo adquirido en otro territorio.

Se sostiene que los derechos se regularán por la ley que los creó, y esos derechos adquiridos al amparo de esa ley deben ser reconocidos en otra parte cuando no afecten el orden público.

Los jueces ingleses —dice Dicey—, al igual que los jueces franceses o alemanes, no sancionan jamás en el rigor de los términos más que su propia ley. Cuando se dice que aplican una ley extranjera no sancionan o ponen en ejecución una ley extranjera sino más bien un Derecho válidamente adquirido bajo la autoridad de esa ley extranjera (por ejemplo, el derecho al pago de una deuda).

La teoría de los *vested rights* fue objeto de críticas basadas principalmente en que el tribunal inglés va a reconocer ese derecho adquirido en la medida en que considere competente al tribunal extranjero que concedió un determinado derecho en una sentencia que se intenta ejecutar en Inglaterra; mas esa competencia es aceptada conforme al Derecho inglés y no al Derecho extranjero, lo cual conlleva a que el reconocimiento de los derechos adquiridos depende de la concepción inglesa.

Otro de los interrogantes que plantea esta teoría de los *vested rights* es ¿qué ocurre cuando se reclama el reconocimiento de un derecho aún no constituido que depende, para que se constituya, de un derecho determinado? Esta teoría no lo resuelve.

La teoría de Dicey fue recepcionada en los E.E.U.U. por Joseph Beale.

Joseph Beale, norteamericano, pertenece a la llamada "escuela de Harvard" y expone su doctrina en su obra *Conflicts of laws* —1935—.

Este autor recepciona la teoría de Dicey de los "derechos adquiridos", partiendo de la premisa de que desde el punto de vista jurídico todos los derechos deben ser creados por una ley. Un derecho es un producto artificial y no un simple hecho natural. Para que un derecho exista es necesario que haya una ley competente.

Por tanto, donde se encuentra una sociedad política debe existir un cuerpo de Derecho completo destinado a regir los acontecimientos que allí se produzcan. Esta ley única es la ley del territorio, que sólo tiene vigor dentro de sus límites. Y siendo que sólo la ley territorial tiene autoridad en un Estado, se sigue también que ningún derecho extranjero puede ser sancionado o aplicado a menos que el legislador de un Estado lo decida.

Según Beale, para el reconocimiento de los derechos adquiridos en el extranjero deberá corroborarse que los mismos han nacido como consecuencia de la aplicación de la ley competente —jurisdicción legislativa—, y de ser así, para que produzcan efectos extraterritoriales deberá existir una ley en el Estado que va a reconocerlos.

Ello sólo tendrá lugar por medio de una incorporación material del Derecho subjetivo extranjero a través de las reglas de solución de conflictos que son nacionales. Se recrean los derechos subjetivos adquiridos en el extranjero. Las excepciones al reconocimiento de los efectos de los derechos adquiridos en el extranjero son el orden público y el fraude.

Según Wigny, Beale abandona la teoría de los *vested rights* y adopta la teoría de la incorporación legislativa.

Ernest Lorenzen. Profesor norteamericano perteneciente a la Universidad de Yale, elabora su doctrina junto a W. W. Coock, basándose en una opinión emitida por el juez Learned Hand, según la cual el *forum* sólo aplica su propia ley, su propio derecho, y en una acción referida a hechos ocurridos en el extranjero será similar al del lugar donde las transacciones pertinentes se han llevado a cabo. De aquí que cada jurisdicción local se halla exclusivamente ligada a su propio derecho.

Así como para Beale los derechos adquiridos válidamente en el extranjero son reconocidos porque se opera una recreación en virtud de las leyes nacionales del Derecho Internacional Privado, para Lorenzen el derecho objetivo extranjero constituye el modelo que utiliza el juez para recrearlo como derecho local.

La Escuela de Yale sostiene que el rol de la regla de conflicto es doble, pues la ley que somete los contratos a la ley del lugar de celebración implica dos proposiciones: por un lado incorpora en la legislación del *forum* todas las leyes sobre los contratos promulgados en los diferentes países, y por el otro realiza una elección por parte del juez entre todas las leyes que se han nacionalizado previamente.

La postura de Lorenzen está ligada con la teoría de que el "juez crea Derecho", y ello debe vincularse con la importancia que tienen los jueces en el Derecho anglosajón *(Judge made law).*

Cuando el juez juzga un caso con elementos extranjeros debe crear una norma idéntica a la extranjera, que es la norma competente para regir el caso, y de esta manera se respeta el principio territorialista, puesto que no aplica Derecho extranjero sino nacional. La sentencia produce la nacionalización del Derecho extranjero. Estamos en presencia de la teoría de la incorporación judicial.

El interrogante que surge de esta teoría es ¿qué ocurre si la cuestión no llega a los estrados judiciales? Ese derecho es un mero hecho que sólo se transforma en derecho por la incorporación judicial.

Fundamento: El fundamento de la aplicación extraterritorial del Derecho no es para Lorenzen la *Comitas gentium* sino el reconocimiento del Derecho extranjero —que para esta teoría es un mero hecho— a través del Derecho local que crea el juez tomando como modelo el Derecho objetivo extranjero.

El Restatement del American Law Institute.

El American Law Institute encaró la tarea de codificar para dar solución a los conflictos de leyes que se producían

entre los distintos Estados de la Unión y de éstos con Estados extranjeros por la diversidad legislativa.

La reformulación del Derecho sobre conflicto de leyes *(Restatement of the Law of the Conflict of Laws)* con 625 artículos fue publicada en 1934, siendo su autor Beale. Utiliza no sólo como base las decisiones judiciales o precedentes sino la interpretación de los textos legislativos a fin de crear un cuerpo unificado. A menudo se aparta de los precedentes jurisprudenciales.

El *Restatement* no es un cuerpo de normas rígido sino sujeto a revisión. Es una obra de notoria influencia en los E.E.U.U.

Método	*Categorías*	*Características*	*Aportes y trascendencia*
Escolástico Casuista Inductivo Analítico-autárquico	Contrato: forma; fondo: efectos normales, efectos accidentales Sucesiones Bienes Delitos Procesal: formas decisorias, formas ordenatorias Clasificación de los estatutos: favorables, desfavorables	Extraterritorialista	Distinción entre forma y fondo en contratos y efectos normales y accidentales (T. de D.C. T. de M. 1940-Transporte). Bienes: lex rei sitae (art. 11, Cód. Civil, y TMDC). Forma: locus regit actum (arts. 12 y 1180, Cód. Civil, y TM). Procesal: distinción formas ordenatorias y decisorias; orden público Asiento relación jurídica
Escolástico Pragmático	Forma: actos proceso Fondo: Est. Ley reales personales; Est. Aut. Vol.	Extraterritorialista	Principio de la autonomía de la voluntad
No escolástico	Reales Personales Mixtos	Territorialista	Incapacidades especiales

Escolástico	Da fundamento utilitario estatutos: personales, reales mixtos (forma) Sistematiza principios (tres axiomas)	Territorialista	Plasma su fundamento en doctrina y jurisprudencia angloamericana Fuente: art. 13, Cód. Civil, y su nota
Escolástico	personales particulares universales reales	Preeminencia de la territorialidad en caso de duda	Análisis unidades patrimoniales
	personales reales	Preeminencia de la extraterritorialidad	
	personales reales	En caso de duda prevalencia del estatuto personal	Irrevocabilidad de la capacidad adquirida Calificación y reenvío

HOLANDESA	XVII	Pablo Voet (1619-1677) Juan Voet (1647-1714) Ulrich Huber (1636-1694)	Comitas gentium ob recipro-cam utili-tatem
FRANCESA	XVIII	Luis Boullenois (1682-1782)	Justicia
		Bouhier (1673-1746)	Justicia y comitas
		Luis Froland	Justicia

Nombre	*Siglos*	*Autores*	*Fundamento*
ITALIANA	XIII a XV	Bártolo de Sassoferrato (1314-1357)	Justicia
FRANCESA	XVI	Charles Dumoulin (1500-1566)	Justicia
		Bertrand D'Argentré (1519-1590)	Justicia

Nombre	*Siglos*	*Autores*	*Fundamento*	*Método*	*Aportes*
ESCUELA ANGLOAMERICANA	XIX	Joseph Story	Comitas gentium	Inductivo	Influencia en la consolidación sobre la naturaleza del Derecho Extranjero
	y	Albert Venn Dicey	Vested rights (derechos adquiridos)		
	XX	Joseph Beale (Universidad de Harvard)	Vested rights (derechos adquiridos)	Incorporación legislativa	Influencia en la legislación argentina (art. 13, Cód. Civil, y su nota)
		Ernest Lorenzen (Universidad de Yale)	Local law theory	Incorporación judicial	"Restatement"

Capítulo V

LA EXTRATERRITORIALIDAD DEL DERECHO

1. Fundamento jurídico político (Pascual Estanislao Mancini).

Desterrado de Nápoles, Pascual Estanislao Mancini dictó en la Universidad de Turín en 1854 un curso en la Cátedra de Derecho Público Externo e Internacional Privado en el cual inició la exposición de su teoría sobre la nacionalidad como fundamento del Derecho Internacional.

En *Prelezione della nazionalità* dice: "El derecho no puede ser un producto de la pura voluntad humana, es siempre una necesidad de la naturaleza moral, la energía aplicada de un principio de orden moral".

La humanidad es una sociedad grande y natural de nacionalidades iguales e independientes y que coexisten bajo el imperio de la ley suprema del Derecho por ser obligatorio *(La vocazione del nostro secolo per la riforma del Diritto delle genti).*

Aquel discurso inicial de Mancini continuado en 1852 y luego en Roma en 1872 *(La vita dei popoli nell'umanità)* afirma que la división orgánica de todos los pueblos en naciones debe ser la ley constitutiva de la humanidad y que el ideal de la ciencia debe ser el establecimiento de la paz y la justicia en el mundo, sobre la base de la independencia y la igualdad jurídica de todas las nacionalidades.

En 1874 con el Discurso inaugural del Instituto de Derecho Internacional, se plasma en definitiva la teoría de este autor cuya trascendencia en la doctrina europea es incuestionable.

La nacionalidad.

Son elementos constitutivos de la nacionalidad el geográfico, o sea la región, el etnográfico, el racional, la lengua, las creencias religiosas, las costumbres, las leyes y las instituciones sociales, la historia y las tradiciones de la vida nacional.

"Pero esta doble serie de condiciones naturales o históricas no bastan aún para constituir completamente una nacionalidad; tales elementos son como materia inerte, a los cuales no ha llegado todavía el soplo de la vida; y este espíritu vital complemento del ser de una Nación, este principio de su visible existencia consiste en la «conciencia de la nacionalidad», el sentimiento que ella adquiere de sí misma y que la hace —con su historia común globalmente aceptada y su proyección hacia el futuro anhelado— capaz de constituirse internamente y manifestarse al exterior".

Mancini pone el acento en la comunidad de vida y de conciencia social.

La conservación y el desarrollo de la nacionalidad significa para los hombres no sólo un derecho sino un deber jurídico, y estas relaciones tienen a su vez una doble manifestación: la libre constitución interna de la Nación y su independiente autonomía respecto de las naciones extranjeras, de cuya unión surge el estado naturalmente perfecto de una Nación.

Es, para Mancini, la Nación y no el Estado el sujeto del Derecho Internacional.

A su turno, de la naturaleza cosmopolita del hombre y de su esencial libertad para asentarse en países distintos al de su nacimiento surgen las cuatro cuestiones que deben ser atendidas:

1º) De la comunidad de Derecho deriva la existencia de un deber internacional para aplicar en un territorio la ley extranjera.

2º) La aplicación de la ley extranjera en el territorio sometido a otra soberanía no es la consecuencia de un acto de cortesía ni tampoco el tácito acuerdo por utilidad recíproca.

3º) Por ser un deber internacional, deben todas las naciones observarlo en igual medida con reglas idénticas, prescribiendo su aplicación en las legislaciones de cada uno y en las sentencias.

4º) La necesidad de reglas de conflictos uniformes que respeten los intereses de los gobiernos contratantes; el necesario acuerdo entre la libertad del individuo y el poder social.

La libertad del individuo está en la raíz de la nacionalidad de un pueblo. Aplica al principio de nacionalidad lo que Kant afirmó de la libertad, es decir que en el campo del Derecho de la igualdad de las personalidades jurídicas y del límite resulta la fórmula de justicia: "coexistencia y acuerdo de la libertad de todos los hombres" que pasa en su exposición a "coexistencia y acuerdo de las nacionalidades libres de todos los pueblos".

En su doctrina los tres principios que han de respetar las naciones por integrar la Comunidad Internacional son: la libertad, la nacionalidad y la soberanía.

Libertad: que se respeta con la admisión del ejercicio de la autonomía de voluntad en las relaciones jurídicas internacionales y a los que se refiere la parte voluntaria del derecho.

Nacionalidad: que se respeta cuando se aplica la nacional del extranjero, tratándose de las cuestiones reguladas por la parte necesaria del derecho.

Soberanía: cuando se impone a todos la ley territorial por tratarse de casos que afectan al orden público.

Mancini llamaba parte necesaria del Derecho al conjunto de normas reguladoras del estado personal, las relaciones de familia y las sucesiones. Estas normas dictadas por el legislador en atención a las características culturales de sus connacionales deben seguir a éstos en sus desplazamientos territoriales.

En cambio, aquellas normas que se refieren a ciertos bienes y a su goce, a las relaciones contractuales y obligaciones, en la medida que constituyen la porción de libertad inofensiva del hombre, son normas meramente voluntarias o supletorias que el individuo puede adoptar o

desechar eligiendo otras que más convengan a sus intereses patrimoniales.

Las leyes personales del extranjero no pueden ser reconocidas ni tener efecto en el territorio sometido a otra soberanía si están en oposición con el derecho público y con el orden público.

El Derecho público —dice—, pone al individuo en relación con esa agregación de hombres que en los límites de un derecho determinado establecen las condiciones bajo las cuales todos deben someterse a la soberanía política.

En ese territorio la voluntad nacional establece la constitución, la organización de los poderes públicos, la extensión y límites de su ejercicio, las relaciones con los individuos cualesquiera que ellos sean, que habiten el territorio, las reglas de su acción política; en fin, las prohibiciones y prescripciones que juzgan necesarias para la regularidad de la vida social. "Sistema organizado con medios necesarios para proteger al Estado contra sus enemigos interiores y exteriores y aun para garantir a todos los habitantes el pacífico goce de sus derechos". Hay en ello una expropiación legítima que el Estado hace de una parte de la libertad personal de los individuos protegidos por él y en atención a la necesidad del hombre del estado social.

Y también es necesaria y esencial la noción de orden público constituido por la voluntad nacional que comprende los principios superiores de la moral humana y social, las buenas costumbres y los derechos inherentes a la naturaleza humana, las instituciones incompatibles con el orden económico establecido en una sociedad.

No obstante la amplitud conceptual, la noción de orden público es, para Mancini, una excepción al principio de aplicación de las leyes extranjeras a que las naciones están obligadas por un deber de justicia internacional.

La doctrina de Mancini, por entonces legislador, receptada en el Código italiano de 1865 y a cuya inspiración se debe entre otros el artículo 3 por el cual se acuerda a los extranjeros el goce de los derechos civiles de los ciudadanos, influyó en el Código español de 1888, en la Ley de Introducción al Código Alemán de 1900 y en las Conferencias de Derecho Internacional Privado de La Haya, e incidió en

la doctrina en general europea y parcialmente en América, Perú, México, Cuba, Brasil, habiendo sido divulgada por el Instituto de Derecho Internacional Privado a través de la Revista Clunet.

Muchas veces cuestionada esta doctrina de la personalidad basada en la nacionalidad, que se adecua a los países de emigración pero que no sirve a las necesidades de los países de inmigración, ha sido por esta razón dejada de lado totalmente, sin tomar de ella lo que aún es importante fuente de explicación sociológica y fundamento de soluciones valiosas.

En este orden destacamos primeramente la idea fuerza del elemento constitutivo de la nacionalidad, ese espíritu vital que es el complemento del ser nacional; la conciencia profunda de la nacionalidad cuya ausencia o deficiencia torna al pueblo en una mera agrupación de sectores asentados en un territorio trabados en una lucha despiadada por imponer la supremacía de sus intereses sectoriales, y en segundo término ese componente de la aceptación global e íntegra de su pasado histórico y de su anhelo de proyectarse en un destino común.

Razón tiene Mancini al decir que ello es esencial para constituirse internamente y manifestarse externamente, pero este sentimiento y esta conciencia deben darse en la realidad y no los sustituyen las formas huecas, ni las declaraciones normativas vacías.

También rescatamos como valiosa la inclusión del orden económico dentro del concepto de orden público. El tiempo le dio sin duda razón y prueba acabada.

Prueba de ello son las cuestiones que en el mundo de este fin de siglo nos plantea, en los países deudores, el sistema financiero internacional, el endeudamiento externo, el condicionamiento de las políticas económicas, etc., y recobran actualidad las palabras de Mancini; el Estado puede, en nombre del principio de la independencia política que se le reconoce, prohibir en su territorio toda infracción al orden público constituido por su voluntad nacional. Obra conforme a derecho cuando rehúsa reconocer toda cualidad o facultad que lo lesiona y cuando obliga al extranjero a observar escrupulosamente el orden público, los reglamentos

y las leyes de orden económico y de policía, medios destinados a mantener el orden y la paz pública.

Un análisis detenido de la aplicación de estos principios nos permite advertir que los pueblos que lo han asumido han obtenido posiciones destacables en la comunidad internacional, aun cuando el principio de la nacionalidad no sea el sistema adoptado en la regulación de las relaciones del derecho civil o comercial, porque lo que aquí queremos rescatar de las exposiciones de Mancini, es al decir de Bluntschli que la Nación es un concepto de cultura y que la conciencia de la nacionalidad, de la cultura común, es ese sentimiento de solidaridad en el destino, fuerza principal de cohesión en una Nación que se convierte en un poder que atrae y reúne las partes dispersas con intereses contrapuestos, capaz de superar las derrotas y las crisis más agudas.

2. Fundamento jurídico (Federico Carlos de Savigny).

Federico Carlos de Savigny (1779-1861), descendiente de una antigua familia de calvinistas de Lorena emigrada a Berlín a la revocación del Edicto de Nantes, uno de los más notables jurisconsultos alemanes, jefe de la escuela histórica, es quien desarrolla, en el celebérrimo último tomo de su obra *System des heutigen römischen Rechts*, en 1849 (*Sistema de Derecho Romano Actual,* volumen octavo), una teoría completa y profunda de Derecho Internacional Privado, al cual dio por fundamento un principio jurídico, abriendo así nuevas perspectivas a nuestra disciplina.

Se inspiró en los trabajos de cuantos le precedieron, y del mismo modo buscó una fórmula general que si bien comprendiera todas las relaciones jurídicas en su amplitud, fuera no obstante lo suficientemente flexible para entender la naturaleza peculiar de cada una de ellas.

Se apartó, y aquí radica su innovación más valiosa, de la clásica clasificación bipartita de los estatutarios que tanta rémora produjo al desenvolvimiento del Derecho Internacional Privado.

Al abordarlo, se detiene en el análisis del imperio de las leyes en el espacio y en el tiempo; con lo cual forma un estrecho paralelismo entre ambas cuestiones que lo lleva a afirmar que las reglas jurídicas están destinadas a regular las relaciones que contempla de persona a persona; o de persona a cosa, por un cierto tiempo y sobre un determinado espacio; elementos que, al no ser siempre los mismos, establecen la necesidad de fijar la esfera de acción de cada norma jurídica, cuando varias se hallan en contacto.

El gran jurista alemán busca —liminarmente— un criterio jurídico para explicar la extraterritorialidad del Derecho y lo encuentra en la comunidad de Derecho de los Estados —su primer principio axiomático— reaccionando por tanto contra los fundamentos invocados hasta entonces: de la cortesía, concesión graciosa, benevolencia, utilidad y reciprocidad.

Basa la existencia de la comunidad jurídica en dos grandes pilares en el origen del Derecho que son: el Derecho romano y el cristianismo, sustrato común que debe permitir aplicar la legislación de los diversos Estados. Dos grandes regiones tiene en cuenta para ello Savigny, la europea y la asiática, y es en la primera donde se da la comunidad jurídica por haber influido en su conformación aquellos principios básicos.

En la comunidad de Derecho de los Estados encuentra nuestro autor la razón jurídica que torna obligatoria la aplicación extraterritorial del Derecho; si bien, tal como lo destaca, la misma no es empero completa, cuando se está en presencia de una norma rigurosamente obligatoria que domina la relación jurídica o cuando la institución establecida en el Derecho extranjero resulta desconocida para el juez.

De este modo, elabora científicamente la cuestión del Orden Público Internacional, atribuyéndole una naturaleza excepcional.

a) Regla de solución.

Sostiene Savigny que cuando el juez está ante un conflicto de leyes de Estados, debe analizar cuidadosamente

la verdadera naturaleza de la relación jurídica y determinada la misma, fijado lo que él denomina el asiento o sede de la relación jurídica, que le sirve para radicarla espacialmente, buscar la ley que se adecue a su naturaleza propia y esencial y aplicarla aun cuando se trate de una ley extranjera.

La fórmula denominada "Regla de Solución", en sus palabras es: *"determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación. Buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico a que esta relación pertenezca por su naturaleza (en dónde tiene su asiento)"*, concluyendo: *"sin importar que el derecho sea nacional o extranjero"*.

Seguidamente se ocupa de dar los criterios para su determinación: "...buscar para cada relación de derecho la pertenencia por su naturaleza a un determinado orden jurídico equivale a investigar en dónde tiene su asiento", con lo cual para fijarlo, recurre Savigny al "principio de la sumisión voluntaria". Este último se manifiesta a través de relaciones de hechos, las cuales pueden servir para determinar el asiento de la relación y entre las que hay que elegir en cada caso. Son ellas: el domicilio de una de las personas a quien concierne la relación jurídica; el lugar donde esté situada la cosa que constituye el objeto de dicha relación; el lugar de un acto jurídico realizado o a realizar; o el lugar del tribunal llamado a conocer de la relación jurídica.

Pasa luego a establecer las soluciones para cada uno de los casos:

A la persona, considerada en sí misma, la somete a la ley de su domicilio que representa su sede legal y es ésa la ley que rige su capacidad de goce y de ejercicio de los derechos.

Los bienes deben estar regidos por la ley de su situación; el lugar que ocupan en el espacio constituye la sede de las relaciones jurídicas sobre los mismos. El que quiere adquirir o ejercer un derecho sobre una cosa, se transporta con la intención al lugar que las mismas ocupan, y para esta relación jurídica especial se somete voluntariamente al derecho de su situación. Así, cuando se dice que los derechos reales se juzgan según el derecho del lugar donde la cosa se

encuentra, se parte del mismo principio que cuando se aplica al estado de la persona la ley de su domicilio. Este principio es el de la sumisión voluntaria. No distingue además respecto de la ley aplicable según que los bienes sean de naturaleza mueble o inmueble, si bien se ve obligado a reconocer excepciones para los muebles *in transitu* que los sujeta a la ley del domicilio del propietario; consideración esta última que lo separa de los estatutarios, quienes sí realizaron tal distinción a los efectos de la ley aplicable.

En cuanto a las obligaciones, al ser abstractas o incorpóreas, no tienen como las personas o las cosas una visibilidad que las haga susceptibles de ocupar un lugar determinado en el espacio, lo cual dificulta pero no imposibilita su radicación. Distingue Savigny por un lado las obligaciones unilaterales y por el otro las bilaterales o sinalagmáticas. En las primeras la obligación significa para una de las personas involucradas, el acreedor, el imperio sobre una voluntad extraña; para la otra, el deudor, significa a la vez el sometimiento a una voluntad extraña. La necesidad de un acto impuesto a la persona del deudor constituye la esencia de la obligación, por tanto ubica el asiento de la relación jurídica en el domicilio del deudor. En cambio, en las obligaciones bilaterales, las partes son recíprocamente acreedoras y deudoras, con lo cual para localizarlas o determinar su sede habrá que escoger entre el lugar de su constitución o celebración y el de su ejecución. El primero —afirma— es accidental, fugitivo y extraño a la esencia de la obligación, mientras que no ocurre lo propio con el segundo por cuanto las partes al contratar han tenido en miras o han puesto sus expectativas hacia el lugar de cumplimiento, donde se producirá el agotamiento de la relación jurídica, es decir, la *solutio;* ese lugar es su sede, y la ley de ese lugar debe regirla.

Con respecto al derecho de sucesión, éste consiste en la transmisión del patrimonio de una persona muerta a otra u otras, lo que constituye una extensión del poder de la voluntad del hombre para después de su vida, la cual, sea expresa —sucesión testamentaria— o tácita —sucesión *ab intestato*—, se liga inmediatamente a la persona del causante, fundamento que juntamente con el de la universalidad

del patrimonio y voluntad presunta del causante lo determinan a considerar que aquél debe ser regido por el derecho local del domicilio del difunto a la época de su muerte, con lo que se muestra abiertamente partidario de la unidad sucesoria (texto y nota del artículo 3283 del Código Civil).

En el derecho de familia las relaciones se dan entre dos personas, es decir un binomio, donde se hace preciso por tanto buscar al sujeto principal de las mismas y en el lugar de su domicilio se encontrará la sede o asiento jurídico, con lo que analiza el matrimonio, la patria potestad, la tutela, y la legitimación por subsiguiente matrimonio. Con relación al primero —matrimonio— sostiene que la sede del vínculo conyugal está en el domicilio del marido, que conforme al derecho de todos los pueblos y en todas las épocas, ha sido reconocido como jefe de familia.

El nacimiento de un hijo da origen al poder paterno y hace regir así la patria potestad por la ley del lugar donde el padre tenía su domicilio al momento del nacimiento del hijo. Las relaciones patrimoniales derivadas de la patria potestad las sujeta a la ley del domicilio actual del padre, y así, el cambio del domicilio determina también el cambio de ley aplicable.

La legitimación por subsiguiente matrimonio la somete a la ley del domicilio del padre a la época de la celebración del matrimonio y no al tiempo del nacimiento del hijo.

La tutela la observa desde un triple punto de vista: su constitución, su administración y los derechos y deberes del tutor. La constitución de la tutela la sujeta a la ley del domicilio del pupilo porque teniendo por objeto la protección de éste, debe ser de aplicación su ley personal, la cual debe indicar si la tutela es necesaria y cómo debe ser constituida; pero la administración debe estar sujeta a la ley del tribunal en cuya circunscripción se ejerce la tutela. La obligación del tutor de aceptar y el derecho de excusarse dependen de la ley de su domicilio, así como las obligaciones que de ella se derivan estarán sujetas a la ley del lugar donde la misma se ejerce.

La forma de los actos jurídicos, según Savigny, debiera estar sujeta a la misma ley que regula la relación jurídica en general, y así debería ser la ley del domicilio para las

relaciones jurídicas cuya sede es el domicilio de la persona; la ley de situación para los derechos reales, y la ley de la ejecución en cuanto a las obligaciones. Sin embargo, como en el lugar donde es celebrado el acto jurídico puede ocurrir que no sea posible cumplir con las formas establecidas por esas leyes o sea difícil su conocimiento, basta con que se cumplan los requisitos establecidos por la ley del lugar de la celebración de ese acto, con lo cual, por una razón de necesidad práctica, por resultar el lugar de celebración la sede del acto jurídico, concluye admitiendo la aplicación del *"locus regit actum"*.

Por tanto, resulta que "el principio guía es la naturaleza de la relación jurídica; que el principio sede no es más que el proceso para encontrar la ley más conforme a la relación jurídica, y que el principio de sumisión voluntaria no pasa de ser un elemento de relación de las personas con la ley conforme a la naturaleza de las relaciones jurídicas constituidas por las mismas".

En todos los casos, Savigny busca, además, la coincidencia entre la ley aplicable y el juez competente, pero en las obligaciones la competencia normal es la del domicilio del demandado y en el lugar de ejecución del contrato se da la jurisdicción especial, observando que la demanda se puede iniciar ante el juez del domicilio del deudor o en el del lugar de ejecución del contrato.

b) Aportes.

Los aportes esenciales a la ciencia del Derecho Internacional Privado de Federico Carlos de Savigny son:

1) *Método científico.* — Produjo una gran innovación metodológica al revertir el método estatutario del análisis de las leyes, centralizándolo en la naturaleza de las relaciones jurídicas. Su método científico fue deductivo, analítico y analógico; lo primero, ya que parte de premisas axiomáticas de carácter general para llegar a las soluciones particulares; lo segundo, en razón de que analizó la relación jurídica, acentuando su consideración, para derivar de su naturaleza

propia y esencial la ley aplicable, y lo último, porque en su análisis se valió de categorías tomadas del derecho civil (sujeto, objeto, causa, fondo y forma del acto).

2) *Fundamento jurídico.* — La Comunidad Jurídica de los Estados le sirvió para explicar con un criterio jurídico el fundamento de la aplicación extraterritorial del derecho y la derivada aplicación obligatoria de la ley más conforme con la naturaleza propia y esencial de la relación jurídica, sin que importe que el derecho sea nacional o extranjero.

3) *Orden público internacional.* — Desarrolló científicamente el problema del Orden Público Internacional, aunque sin llamarlo así, destacando su aplicación restrictiva en dos supuestos que él mismo califica como excepcionales al principio general de la aplicación obligatoria del derecho extranjero, que son: la norma rigurosamente obligatoria y la institución desconocida.

4) *Asiento de la relación jurídica.* — Al referirse a las relaciones de hecho que sirven para determinar el asiento o sede de la relación jurídica, vislumbró lo que hoy se denomina "el punto de conexión".

c) Influencia en la doctrina y en las legislaciones.

Su doctrina influyó en autores como los alemanes von Bar y Zitelmann; los anglosajones Westlake y Phillimore; el ruso Martens; los holandeses Asser y Jitta; los franceses Despagnet y Audinet; los italianos Mancini, Diena y Donati; los españoles Fernández Prida y Gestoso Acosta, entre otros; y en la casi totalidad de los juristas argentinos que son sus continuadores, o deben reconocerle a Savigny su mérito indiscutible.

Legislativamente, directa o indirectamente a través de Freitas, ha sido fuente de numerosos artículos del Código Civil: vgr., artículos 6, 7 y 8, con su nota común relativa a las personas físicas; arts. 10 y 11 (respecto de los bienes); arts. 12, 950 y 1180 (en materia de formas de los actos jurídicos); arts. 404 y 409 (con relación a la tutela); artículos 1209, 1210, 1213 y 1214 (en los contratos); arts. 3283 y nota

y 3612 (en sucesiones); art. 159; art. 2 de la ley 2393 y hoy art. 160 de la ley 23.515, y dentro del marco de los Tratados de Montevideo —los de Derecho Civil de 1889 y 1940— ha inspirado las soluciones relativas a la capacidad de las personas físicas, bienes, contratos y formas de los actos jurídicos.

Corresponde finalmente reflexionar sobre la vigencia de la idea medular del pensamiento científico de Savigny de la comunidad jurídica de los Estados, a través de la permanencia de principios jurídicos comunes y homogéneos en el mundo contemporáneo.

En nuestra opinión, fue a su merced, en virtud del sustrato jurídico común con raíces en los derechos español y francés, lo que determinó la temprana, vigorosa y progresiva codificación en el continente americano (Lima, 1878; Montevideo, 1889-1940; La Habana, 1928), y lo que unido a objetivos adecuados acelerará la integración regional.

Capítulo VI

APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

1. Introducción. Planteo del problema.

El objeto del Derecho Internacional Privado es la relación jurídica internacional caracterizada por la presencia de un elemento extranjero, ostensible u oculto, que tiene la virtualidad de contactar diversos órdenes legislativos, y su temática incluye el análisis y la solución, según principios generales propios —de ahí su autonomía científica—, de la cuestión relativa a la aplicación del Derecho extranjero.

La íntima vinculación de su problemática con la fundamentación de la aplicación extraterritorial del derecho impone que destaquemos, por su delicadeza e implicancias, la relevante trascendencia que tiene dentro de nuestra disciplina.

Cuando la presencia del o de los elementos extranjeros en las relaciones jurídicas internacionales así lo requieren, la función del Derecho Internacional Privado consiste en su sujeción a un determinado orden jurídico.

Hemos dicho que la norma de conflicto es uno de los instrumentos de que aquél se sirve a los fines mencionados, la que, por la naturaleza adjetiva que le atribuimos, mediante el recurso técnico del punto o criterio de conexión, cumple su misión de indicar el ordenamiento jurídico del que habrá de desprenderse la solución de la cuestión ínsita en la relación jurídica internacional, y según sea el lugar adonde espacialmente ésta se avecinde, motivará la aplicación del propio derecho o del extranjero.

En el último supuesto habrá que discernir si el llamamiento efectuado por la norma de conflicto está dirigido al Derecho extranjero, en cuanto tal, o bien, si la circunstan-

cia de la extraterritorialidad tiene la virtualidad de convertir a la ley extranjera en un mero hecho.

Para encontrar la respuesta a esta clásica problemática del Derecho Internacional Privado, desde la doble vertiente procesal y sustantiva que ella suscita, debemos distinguir dos aspectos:

1º) *El de la naturaleza del Derecho extranjero:* esto es, saber si el mismo es un derecho o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir, es un hecho.

2º) *El del tratamiento procesal del Derecho extranjero:* es decir, si corresponde su aplicación de oficio; o si sólo debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado.

2. Naturaleza del Derecho extranjero.

En torno de esta cuestión se han formado dos grandes grupos de teorías:

a) Teorías normativistas o jurídicas.

Éstas consideran que el Derecho extranjero es derecho, por lo tanto el llamado formulado por la norma de conflicto del juez está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas. En las teorías normativistas se distinguen, a su turno, dos vertientes, una que estima que el Derecho extranjero se debe aplicar como derecho y como extranjero (tesis o teoría de la extranjería del Derecho extranjero); y otra que exige, para su aplicación extraterritorial, acudir a los recursos de incorporación, apropiación o nacionalización del Derecho extranjero al Derecho nacional.

b) Teorías realistas.

Conciben al Derecho extranjero como un hecho, naturaleza que le es atribuida como resultado de la extraterritorialidad, y que tiene la virtualidad de transformar lo que es derecho en hecho al trasponerse las fronteras de los Estados.

Dentro de estas últimas ubicamos tanto a aquellas posturas que se caracterizan por la fundamentación de la aplicación extraterritorial del derecho en la cortesía internacional —vgr., Escuela holandesa del siglo XVII *(comitas gentium)* y sus continuadores angloamericanos *(comity)*— como a la que, si bien en razón de una distinta concepción del derecho, ha sido denominada como teoría del uso jurídico —defendida por Werner Goldschmidt—.

c) Gráficos.

1) *Teorías normativistas o jurídicas* (conciben el Derecho extranjero como ordenamiento normativo):

—*Tesis de la extranjería del Derecho extranjero.* Considera que el Derecho extranjero no pierde su naturaleza normativa por la circunstancia de la extraterritorialidad; por tanto se aplica como derecho y como extranjero (Savigny, Maury, Wolff, Weiss, Motulsky, Miaja de la Muela, Yangúas Messía, Balladore-Pallieri, Romano, Mónaco, Sperdutti, y en nuestro país es la posición de la doctrina mayoritaria, destacándose: Vico, Calandrelli, Lazcano, Argúas, Romero del Prado, Alcorta, Biocca, Cárdenas, Basz, entre muchos más).

—*Tesis de la incorporación, nacionalización o apropiación.* Estima que el Derecho extranjero supone para su aplicación la incorporación o inserción del mismo al sistema jurídico nacional (vgr., la Local Law Theory de la Universidad de Yale encabezada por Lorenzen).

2) *Teorías realistas o vitalistas* (conciben el Derecho extranjero como un hecho):

—*Tesis de la cortesía internacional.* El fundamento de la aplicación extraterritorial se basa en la cortesía, donde cabe mencionar las versiones holandesa de esa Escuela Estatutaria del siglo XVII *(comitas gentium et reciprocam utilitatem)* y la angloamericana *(comity)* con Huber y Story, respectivamente.

—*Tesis del uso jurídico.* La norma de Derecho Internacional Privado señala como hecho decisivo la sentencia de

fondo que con mayor grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el particular sometido a su derecho, en la hipótesis de que le hubiera tocado resolverlo (postura de Werner Goldschmidt).

3. Tratamiento procesal.

Dentro de este acápite abordamos la cuestión del tratamiento que merece la ley extranjera en el orden procesal; básicamente habrá que resolver si declarado competente el Derecho extranjero por la norma de Derecho Internacional Privado el juez debe esperar que se le pida la aplicación y luego que se le pruebe su texto y vigencia, o, en cambio, está obligado a investigarla y aplicarla de oficio.

El tema nos enfrenta con dos criterios perfectamente diferenciados:

a) Aplicación a instancia de parte interesada;
b) aplicación de oficio.

a) Sistema de aplicación a instancia de parte.

Este sistema resulta ser la derivación de las corrientes tradicionalmente apoyadas en la *"comitas gentium"*, según la cual los Estados no se encuentran obligados a aplicar las leyes extranjeras, y si deciden hacerlo es en virtud de la cortesía internacional y la recíproca utilidad que con ello persiguen.

Carlos M. Vico resume esta tesis de la manera siguiente: "...el sistema en virtud del cual la ley extranjera es un hecho que debe ser invocado y probado por las partes, se vincula al fundamento de la cortesía internacional. Si el derecho extranjero se aplica por cortesía y no por razones de justicia, es natural que aparece como un factor que se pide, ya que la cortesía no es una obligación jurídica, y el que pide un favor debe facilitar los medios de que se le acuerde...".

Asimismo, en apoyo de este criterio se aduce que la variedad y multiplicidad legislativa tornan imposible su conocimiento por el juez.

b) Sistema de aplicación de oficio.

Para esta postura, que se basa en el fundamento jurídico de la aplicación del derecho extranjero —brillante y sólidamente construida por Savigny— de la comunidad jurídica de los Estados mediante el empleo de su regla de solución, o bien en la institución procesal del hecho notorio —como Busso[1] y Werner Goldschmidt—, se impone al juez la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero.

En suma, adherimos a la postura expuesta por Savigny, y consideramos que, sea que el juez aplique sus propias reglas o las de un país extranjero, realiza siempre —como acierta en señalar Miaja de la Muela— la función tantas veces comparada con la solución de un silogismo, en el cual la norma actúa como premisa mayor y los hechos que estima probados como premisa menor. Sostener lo contrario, a nuestro criterio, importa desnaturalizar la sentencia judicial, que en tal caso carecería de un esencial presupuesto de validez cual es estar fundada en derecho, sin que a ello obste la reconocida pero no infranqueable dificultad práctica que encierra el conocimiento del Derecho extranjero por el juez, lo que por otra parte aparece como arcaico en virtud de la celeridad de las comunicaciones existente en el mundo contemporáneo.

4. Legislación argentina.

a) El artículo 13 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia.

El Código Civil argentino dispone en el art. 13: "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

[1]BUSSO, Eduardo: *Código Civil comentado,* Buenos Aires, 1945, t. I, pág. 118, p. 22.

hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial".

En la nota respectiva, el codificador, lapidaria y lacónicamente, expresa: "La ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba".

El texto ha sido tomado por Vélez Sarsfield de Freitas y de Story, y en él se reconoce su raíz en la doctrina de la cortesía internacional introducida en el siglo XVII por la Escuela Estatutaria holandesa.

El precepto se muestra en abierta contradicción con las otras disposiciones de Derecho Internacional Privado del Código Civil, lo cual ha movido a la doctrina argentina a elaborar en torno de él diversas interpretaciones que resultan forzadas en el ánimo de morigerarlo, las que van desde la tesis de su negación o inexistencia —como la de Carlos Alberto Alcorta—, pasando por las que sostienen su aplicación restrictiva —como las de Vico y Mordeglia— hasta quienes realizan una interpretación exégetica del texto del art. 13 y su nota.

Así, dentro de una tesis restrictiva, en una interpretación que se hace mediante el vocablo "autoriza", se sostiene que cuando el Código impone la aplicación del derecho extranjero, ésta debe serlo de oficio, y cuando la "autoriza" deberá alegarse y probarse. Leamos a Eugenio Mordeglia[2], quien sostiene: "...el Código, a pesar de emplear la palabra «autoriza», en realidad no autoriza la aplicación del derecho extranjero, sino que lo «impone» en los casos en que a él se refiere; y la aplicación voluntaria, es decir, sujeta a prueba de la ley extranjera, se refiere a los casos en que el mismo Código lo autoriza, lo permite, es decir, en los casos en que se refiere a los principios consagrados por el más amplio de la autonomía de la voluntad...". Dentro de esta misma postura se encuentra Carlos M. Vico, quien se pregunta qué ocurre si en un litigio la parte no pide la aplicación de la ley extranjera en un caso relativo al derecho de las formas de

[2]MORDEGLIA, Eugenio: *Aplicación e interpretación de las leyes extranjeras*, "Anales de la Facultad de Derecho de La Plata", t. VII, págs. 338 y 377.

los actos, tratándose de un acto pasado en Francia, o que si la pide no prueba el texto, concluyendo que en virtud de lo dispuesto por los artículos 15 y 16 del Código Civil el juez que está obligado a fallar, ante la falta de derecho, deberá suplirlo acudiendo a los principios generales, lo cual hace nacer, por vía indirecta, la obligación para el juzgador de aplicar el derecho extranjero.

Comprendemos a estos autores, pero el texto del artículo 13 y su nota es muy claro.

Consecuentemente, propiciamos la derogación del mismo por resultar equivocado y anacrónico, destacando que en esta tesis nos acompañan juristas como Romero del Prado, Calandrelli, Argúas, Pardo y muchos otros. En tal sentido se desaprovechó una oportunidad al momento de la reforma del Código Civil por la ley 17.711, y no obstante la Recomendación formulada en las Jornadas Argentinas de Derecho y Relaciones Internacionales, celebradas en Buenos Aires entre el 29 de octubre y el 19 de noviembre de 1971, para la derogación de dicha norma, estuvo ausente en el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil.

b) El art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo * y el art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Como ya lo hemos destacado en un trabajo anterior [3], el art. 3 de la Ley de Contrato de Trabajo es la primera norma legislativa nacional que establece la facultad de los jueces de aplicar aun de oficio la ley extranjera *, lo cual calificamos, como novedoso y destacable, y un avance digno de elogio e imitación —además, sugerimos que pudo aprovecharse ya la ocasión estableciéndose, en lugar de la facultad del juez de aplicar de oficio la ley extranjera, la obligatoriedad de tal aplicación—. En igual sentido se destaca el aporte —si bien

[3] CÁRDENAS, Sara L. F. de: La nueva *Ley de Contrato de Trabajo y la aplicación del derecho extranjero*. Su tratamiento procesal, en "Revista de Derecho Laboral", nº 1, año XVII, págs. 3 a 10.

* La modificación impuesta a este artículo por la ley 21.297 ha eliminado la facultad del juez de aplicar de oficio la ley extranjera.

parcial a nuestro modo de ver— del art. 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

La jurisprudencia argentina en el fuero civil efectúa una interpretación literal del art. 13; en cambio, se muestran partidarias de la aplicación de oficio la justicia comercial y la federal.

Quienes jurisprudencialmente postulan la tesis de que la ley extranjera es un hecho que debe probarse, exigen que se pruebe su texto, sentido y vigencia, tal como lo indica el Código de Bustamante y prefieren como medios probatorios los informes consulares, la opinión de jurisconsultos, por referencias a obras conocidas del país respectivo, descartándose generalmente la prueba testimonial y la confesional.

5. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. Protocolo Adicional.

En el Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado de Montevideo se establece que las leyes de los Estados contratantes, en lo que respecta a 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", según lo preceptúa el artículo 2. En el art. 3 se establece: "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 Estados"; y por último el art. 5 dispone: "De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los gobiernos se obligan a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos países".

6. Código de Bustamante.

El Código de Derecho Internacional Privado de Bustamante y Sirvén se refiere a la cuestión en los artículos

siguientes: "art. 408: Los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios probatorios a que este capítulo se refiere", art. 409: "La parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante en uno de los otros, o disienta de ella, podrá justificar su texto, vigencia y sentido, mediante certificación de dos abogados en ejercicio en el país de cuya legislación se trate, que deberá presentarse legalizada", y por último el art. 410: "A falta de prueba o si el juez o el tribunal por cualquier razón lo estimaren insuficiente, podrá solicitar de oficio, antes de resolver, por la vía diplomática, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione un informe sobre el texto, vigencia y sentido del derecho aplicable".

Por tanto, este cuerpo legal coincide en el tratamiento procesal que merece el Derecho extranjero con el que le dan los Tratados de Montevideo.

7. Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (C.I.D.I.P. II).

Tanto la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (arts. 2 y 4) como la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero (arts. 2 y 3), se ocupan de nuestra problemática, lo cual resulta encomiable, si bien no compartimos su ingeniosa perspectiva, por su inadecuada técnica y por contradecir nuestra tradición doctrinal y legislativa así como las modernas tendencias del derecho comparado.

Capítulo VII

REENVÍO

1. Concepto.

La norma jurídica es una preceptuación obligatoria del Derecho que regula en un sentido social a la conducta humana.

En general, toda norma jurídica contiene una hipótesis y una disposición. A fin de regular conductas, el Derecho formula juicios hipotéticos o supuestos jurídicos, cuya realización ha de originar ciertas y determinadas consecuencias. Ese supuesto jurídico se denomina tipo legal —conjunto de condiciones— que determina la consecuencia jurídica, o sea, la segunda parte de la norma.

La norma de Derecho Internacional Privado presenta una estructura similar a la norma jurídica general por ser una especie de ella.

Se la llama indirecta porque no regula directamente la relación jurídica compleja, o sea, aquella relación que por contener elementos extraños al Derecho local, o por exceder la órbita legislativa interna en alguna faz de su desarrollo, hace necesaria la aplicación de Derecho extranjero.

En la consecuencia, la norma regula directamente el problema planteado en el tipo legal, pero en la norma indirecta lo que se indica es el ordenamiento jurídico del que se desprende la solución.

Es en la consecuencia donde se presenta el problema de la parte aplicable del Derecho extranjero, ya que la cuestión se limita a saber si cuando una regla se refiere al Derecho de otro país lo hace al Derecho interno o sustancial de ese país, en cuyo caso el problema del reenvío no se presenta, o si se refiere a las reglas de Derecho Internacional Privado

extranjero, situación que hace surgir la cuestión del reenvío, cuando el conflicto es negativo.

La diversidad de las reglas de Derecho Internacional Privado entre los países, da lugar a dos clases de conflictos; uno positivo, en el cual las dos leyes se declaran competentes (francés domiciliado en Inglaterra), y el otro negativo, en el que ninguna de las dos reclama para sí la aplicación de sus normas sino que lo hacen recíprocamente (inglés domiciliado en Francia).

Ejemplo de conflicto negativo: si un inglés domiciliado en Francia litiga ante los tribunales franceses, debiendo el juez resolver lo referente a su capacidad, las reglas de Derecho Internacional Privado francesas indicarán como aplicable la ley de la nacionalidad, o sea, la ley inglesa, pero esta ley a su vez establece que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio, es decir, la ley francesa; el juez francés se encontrará entonces frente a un conflicto negativo, provocado por la aplicación de la regla de Derecho Internacional Privado inglés.

Se adoptó este ejemplo como tipo, puesto que presenta particularidades interesantes, atento el concepto de domicilio utilizado por el Derecho inglés.

El problema consiste en determinar si cuando una regla se refiere al Derecho de otro país debe aplicarse el Derecho sustancial de ese país o sus reglas de Derecho Internacional Privado. En este último caso puede ocurrir:

1º) que la regla de conflicto de la legislación extranjera declare aplicable su propio Derecho interno;

2º) que la regla de conflicto de la legislación extranjera reenvíe a la legislación de otro Estado, mejor dicho, a la del Estado del juez (reenvío de primer grado);

3º) que la regla de conflicto de la legislación extranjera declare aplicable la ley de un Estado distinto al del juez, es decir, un tercer Estado (reenvío de segundo grado).

Existen, pues, dos formas de reenvío:

a) De primer grado. Cuando la ley extranjera remite a la ley del juez que conoce el asunto y éste acepta el reenvío aplicando su propia ley, el reenvío es de primer grado. Por ejemplo: para juzgar la capacidad de un inglés domiciliado en Francia, el juez aplica la ley francesa, que ordena, por

analogía del artículo 3º del Código Civil, aplicar la ley de la nacionalidad; pero la ley inglesa, que rige la capacidad por la ley de domicilio, reenvía a la legislación francesa; el juez aceptando el reenvío aplica el Derecho interno francés.

b) De segundo grado. Cuando la ley extranjera reenvía no a la legislación del juez, sino a la de un tercer Estado. En el mismo ejemplo anterior si el inglés está domiciliado en los Estados Unidos, y el juez francés acepta el reenvío que hace la ley inglesa y aplica la ley americana, el reenvío es de segundo grado. Si en el mismo ejemplo se debe considerar —además— un contrato celebrado en Alemania, sobre bienes situados en Italia, etc...., la aplicación del sistema puede conducir a reenvíos sucesivos y formar un círculo de imposible solución.

c) Doble reenvío. El Derecho Internacional Privado extranjero reenvía al Derecho del juez, entendiéndose por tal el Derecho Internacional Privado del juez y que éste indique como aplicable el Derecho civil extranjero (o sea, el Derecho substancial). Ejemplo típico: se trataba de juzgar la validez del testamento otorgado por una inglesa domiciliada "de hecho" en Francia (en donde no había sido admitido su domicilio de "derecho" porque no había solicitado la autorización necesaria). El juez inglés aplica la regla inglesa que dispone que la capacidad se rige por la ley del domicilio. Como el domicilio —aunque de hecho— se hallaba en Francia, la ley inglesa declara aplicable el Derecho Internacional Privado francés. Según éste, la capacidad se rige por la ley de la nacionalidad; en consecuencia, el juez se ve remitido a la legislación inglesa, no a la legislación interna inglesa, "sino a las reglas de Derecho Internacional Privado inglés", que siguen el principio del domicilio, lo cual hace aplicable la ley francesa.

El juez inglés entonces razona así: la jurisprudencia francesa acepta el reenvío, luego, la jurisprudencia inglesa con respecto a Francia acepta también el reenvío y en consecuencia aplica la legislación interna francesa, en virtud del doble reenvío.

Desde el origen, la cuestión del reenvío suscitó uno de los más apasionados debates y determinó un vasto movimiento literario.

En la actualidad, la discusión ha perdido el ardor que caracterizó a las publicaciones hasta principios del siglo XX. Para algunos autores, el problema del reenvío carece de la trascendencia que originariamente le asignó la doctrina, limitándose por ello el interés de la controversia.

Sin embargo, si se tiene en cuenta la influencia que ejerce en los países cuyo Derecho Internacional Privado adopta el principio de la nacionalidad y la posibilidad de adoptarlo como un factor de conciliación o un medio de solución de conflictos del sistema de la nacionalidad y el del domicilio, se explica que el interés por el problema del reenvío subsista en la doctrina.

Pero aunque efectivamente se concluya que el reenvío conduce a un debate estéril en la actualidad, la controversia que desató esta teoría mantiene un interés indudable, desde el punto de vista histórico, del desarrollo del Derecho Internacional Privado.

2. Origen de la teoría.

Según investigaciones de Niboyet, un estatutario del siglo XVIII, Froland, discutió esta cuestión, considerando casos particulares que se presentaban con motivo de las reglas de conflicto de París y las de Rouen, donde estaba en vigor la Costumbre de Normandía.

Analizó dos decisiones del Parlamento de Rouen, de 1625 y 1663, que pueden ser consideradas como las primeras manifestaciones de la doctrina del reenvío.

Se encuentra, según Philonenko, otro antecedente en los *Commentaires d'Anselme* al Edicto Perpetuo de 1611.

Pero recién en el siglo XIX es cuando se plantea como problema general, citándose tres casos resueltos en Inglaterra, Alemania y Francia.

En el primero, dice Lewald, se recurre a él sin apercibirse siquiera, se lo emplea como un expediente destinado a remediar la rigidez de la regla de conflicto; en el segundo caso se enuncia, y recién en el tercero se plantea plenamente.

En el primero, resuelto por la *Prerrogative Court de Canterbury*, se trataba de la validez formal de un testamento

otorgado en Bélgica por un inglés domiciliado en este país y de acuerdo a la forma inglesa. El juez inglés aplicó Derecho belga, que contenía una regla de conflicto que reenviaba a la ley nacional inglesa y lo declaró válido.

En Alemania, en 1861 se planteó el segundo, un ciudadano de Francfort murió domiciliado en Magence, donde regía Derecho francés, el Tribunal aplicó la ley del domicilio, ley francesa, pero ésta remitía a la ley de la nacionalidad.

El tercero es el célebre caso "Forgo".

La cuestión planteada en Francia en 1874 era la siguiente:

Forgo era un bávaro que fue llevado de niño a Pau, donde murió a los 68 años sin descendientes y dejando un patrimonio compuesto de bienes muebles. En primer lugar se resolvió que pese a la larga estadía Forgo no tenía allí su domicilio legal, sino que conservaba su domicilio de origen en Baviera, y por esta razón, según la ley francesa, era aplicable el Derecho bávaro, o sea, el del domicilio del causante.

Pero el Derecho bávaro, incluido el Derecho Internacional Privado bávaro, declaraba aplicable a los bienes muebles la *lex situs* y a las sucesiones la ley del domicilio efectivo del *de cujus*. El fisco sostuvo la aplicación de esta norma de Derecho Internacional Privado de la ley bávara, que remitía a la legislación francesa. De esta forma el fisco recogía los bienes.

Esta tesis, rechazada por los primeros jueces que entendieron en el asunto, fue la admitida por la Corte de Casación el 24 de junio de 1878, fecha de la sentencia que marca el momento a partir del cual la remisión queda admitida en dicho país y punto de partida, también, del interés doctrinal para fundamentar la tesis jurisprudencial, tanto para convertirla en sistema como para detractarla.

3. Teorías, fundamentos y críticas.

Esquemáticamente, el problema planteado dice: Cuando la regla de Derecho Internacional Privado de un país declara

aplicable Derecho extranjero, ¿se refiere al Derecho interno o substancial, o a las reglas de Derecho Internacional Privado extranjero?

Las soluciones propuestas para contestar esta pregunta, pueden clasificarse en tres grupos:

1º) La regla de Derecho Internacional Privado que indica *aplicable el Derecho extranjero* se refiere *sólo* al Derecho interno o material extranjero. En este caso el problema del reenvío no surge.

Es la solución adoptada por los que rechazan el reenvío y constituye la tesis dominante de la doctrina hasta la cuarta década del siglo XX; a partir de entonces fue perdiendo adeptos. Algunos se convierten en partidarios del reenvío aunque lo admiten en su forma restringida, otros combaten sus fundamentos pero aceptan sus consecuencias prácticas.

Por ello se ha dicho que aun cuando siga siendo la solución mayoritaria, ya no puede afirmarse que sea la doctrina dominante, ni rígida y enconada, como se manifestó a fines del siglo XIX y comienzos del XX.

El problema fue discutido en el Instituto de Derecho Internacional, en La Haya, 1898, y en la Sesión de Neufchâtel en 1900 se condenó el reenvío en base de una ponencia de Buzzati y de Lainé.

Es la solución jurisprudencial italiana para mantener inalterable el principio de la nacionalidad, como punto de conexión, puesto que el reenvío le haría aplicar el principio domiciliario.

A partir de una sentencia de 1906 de la Corte de Apelaciones de Roma que aplicó a la capacidad de un nacional de San Marino, Derecho civil de San Marino, a pesar de que las reglas de Derecho Internacional Privado de San Marino estatuían como aplicable la ley del domicilio, que en el caso era la italiana; pocas, si no contadas, son las sentencias que aplican el reenvío. Estas excepciones las constituyen las sentencias de la Corte de Apelaciones de Florencia de 1919 y la de la Corte de Casación de 1937 que acepta un reenvío de segundo grado.

En España, en 1925, la Audiencia de Granada en el caso "Larios" (se trataba de la sucesión inmueble de una persona de la que se discutía si era español o inglés) decidió que era

inglés, por lo que resultaba aplicable Derecho inglés que, según interpretaba el Tribunal, debía ser Derecho civil inglés.

Como fundamento la Audiencia sostuvo: "La teoría del reenvío aparte de que en general y sólo en contadísimos casos ha sido reconocida y aplicada, pues realmente no ha adquirido un estado de *derecho* al cual se sometan ni sujetan las naciones en sus legislaciones; en el presente caso dada la claridad del artículo 10 párrafo segundo del Código Civil, basado en el principio de los Estatutos, no hay para qué salir de él y buscar otra solución que la que el mismo da". Este párrafo del artículo 10 dice: "Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren".

El Tribunal Supremo casa la sentencia, *pero como* atribuye al causante nacionalidad española, el reenvío no se trata (febrero de 1926).

Esta primera solución se fundamenta en la idea de que el legislador de Derecho Internacional Privado quiere que se aplique a un caso dado una solución determinada; esta solución, desde luego, no está indicada directamente, sino indirectamente y es la prevista en el Derecho material extranjero declarado aplicable.

El sistema evita, por otra parte, las dificultades teóricas a las que el sistema opuesto conduce.

2º) *Teoría de la referencia media o teoría del desistimiento.* La regla de Derecho Internacional Privado del juez se refiere al Derecho Internacional Privado extranjero y al Derecho material extranjero, pero es necesario que la regla extranjera acepte la remisión y admita la aplicación de su derecho substancial. Si, por el contrario, dado que adopta otro sistema de Derecho internacional, la regla extranjera declara inaplicable su propio Derecho interno, se dice que ha "desistido" y por tanto no se puede imponer la aplicación de ese Derecho que no quiere ser aplicado. En esas circunstan-

cias el juez debe regresar a su propio Derecho Internacional Privado para buscar en él puntos de conexión subsidiarios que indiquen como aplicable cualquier otro Derecho que puede, pero que no tiene que ser necesariamente el Derecho material del juez.

Es la teoría del desistimiendo defendida por Von Bar, Westlake y Lerebours.

El primero sostiene que la aplicación de un Derecho que no quiere ser aplicado, infringe la soberanía del Estado de cuyo Derecho se trata. Un inglés domiciliado en Francia es equiparable a un apátrida, y por consiguiente no se puede aplicar la norma indirecta que tiene a la nacionalidad por punto de conexión. Es necesario buscar otro punto subsidiario.

Lerebours sostiene lo mismo, pero afirma que en segundo lugar procede siempre la aplicación de la ley del foro. Niboyet sigue a Lerebours, con la diferencia de que no admite un punto de conexión subsidiario sino que aplica, en el caso en cuestión, el Derecho francés en virtud del orden público a una relación jurídica que considera apátrida.

Westlake es quien enuncia la doctrina con mayor precisión y pureza: Todas las normas indirectas tienen puntos de conexión subsidiarios para el supuesto de que el punto principal fracase por denegar su competencia el Derecho declarado aplicable por ese punto principal. Todas las normas que en tales supuestos tengan puntos de conexión subsidiarios, implican la teoría de la referencia media, aun cuando hayan sido formuladas con total independencia de la misma.

Una norma indirecta adaptada a la teoría de la referencia media establecerá, por ejemplo: A las sucesiones se aplicará en primer lugar la ley nacional del causante; si ésta no quisiese ser aplicada, en segundo lugar se aplicará la ley del domicilio; si ésta no quisiese, en tercer lugar la de la última residencia, si ésta no quisiese en "...lugar" la ley civil del juez.

Entre las críticas formuladas a esta solución, se destaca la que expresa: "Sin un Derecho Internacional Privado, formulado en atención a esta teoría, la tarea de buscar los

puntos de conexión subsidiarios, es no sólo muy delicada sino que convierte al juez en legislador".

3º) *Teoría de la remisión integral.* La regla de Derecho Internacional Privado, al indicar como aplicable Derecho extranjero, se refiere *a todo* el Derecho Internacional Privado extranjero, es decir, tanto a las normas indirectas de exportación, como a las de importación, y al Derecho declarado aplicable por éste.

Esta solución abarca cuatro casos: aceptación, reenvío de primer grado, reenvío de segundo grado, y doble reenvío.

En realidad, se trata de dos hipótesis:

Primera hipótesis. Tiene como característica distintiva "la aceptación".

En el caso de aceptación, las reglas de Derecho Internacional Privado extranjero declaran aplicable su Derecho interno.

En el reenvío de segundo grado, las reglas de Derecho Internacional Privado extranjero declaran aplicable (no su *derecho interno*), sino el Derecho de un *tercer país;* en suma, el Derecho Internacional Privado del juez declara competente al Derecho del país "E"; el Derecho Internacional Privado del país "E", a su vez, declara aplicable el Derecho del país "Q", el cual contiene reglas que declaran aplicable su Derecho interno o substancial.

Como se ve, en ambos casos hay aceptación, y sólo se diferencian porque en el segundo caso existe "un Derecho intermediario" entre el Derecho Internacional Privado del juez y el Derecho Internacional Privado extranjero que declara aplicable su Derecho material.

Segunda hipótesis. Se caracteriza porque *ninguno* de los Derechos internacionales privados declarados aplicables quiere que se aplique su Derecho interno. En el caso de "denegación" —como se los denomina— todos los Derechos internacionales privados declaran inaplicable su Derecho interno o material. Comprende la hipótesis del reenvío de primer grado y el doble reenvío.

En favor del reenvío se argumenta que respeta el Derecho extranjero a tal extremo que intenta resolver el caso

como si el juez lo fuera del país de cuyo Derecho se trata. Citándose al respecto las palabras del juez Jenner cuando, al tener que aplicar Derecho belga, expresó: "Me considero sentado en Bélgica" (Sentencia inglesa de 1841).

4. Argumentos en favor del reenvío. Su crítica.

Primer argumento. La legislación extranjera forma un todo indivisible. Es éste *el argumento inicial e histórico.* Es el empleado en Francia en el caso "Forgo" cuando el Fisco consigue que el más Alto Tribunal acepte la idea de que la aplicación de la ley bávara implica la de todo el Código bávaro, incluso sus disposiciones de Derecho Internacional Privado.

Todo el sistema de una legislación nacional compuesta de leyes de fondo y de conflicto forma un conjunto inseparable, dictado para ser aplicado en su totalidad.

Esta solución plantea serias objeciones, en las que se apoya la crítica de los adversarios; ellas son:

Objeción llamada de la raqueta: puede considerarse la más grave y difícil de rebatir.

Admitiendo el argumento de la indivisibilidad del Derecho extranjero, sostiene Niboyet, debemos considerar lógicamente que el Derecho al que aquél remite también es indivisible; por lo tanto, es preciso aplicar tanto sus normas de fondo como las de conflicto y así sucesivamente, de tal modo que los partidarios del reenvío se encuentran encerrados en un círculo vicioso y combatidos en su propio terreno, recurriendo entonces a otros argumentos; y por otra parte no se muestran consecuentes con su punto de partida; si la remisión a la ley extranjera obliga a tomar a ésta como un todo indivisible, aceptando el reenvío, en realidad toman en cuenta las reglas y no las normas de fondo, o sea que, aquí está la inconsecuencia, dividen lo que consideran indivisible para aceptar las primeras y no las segundas. Sin darse cuenta admiten en definitiva la distinción entre ambas normas. ¿Por qué entonces dar preferencia a las reglas?

Dice Pillet: "Cien años se estaría razonando en esta forma sin llegar a la solución, y sin embargo si se quiere ser lógico, una vez dado el primer paso es imposible detenerse puesto que las mismas razones que autorizan un primer reenvío, exigen en seguida un segundo y empujan al razonador a una pendiente en la que es imposible detenerse".

Zitelmann, aunque adversario, pretende contestar este argumento del círculo vicioso sosteniendo que debe llegarse a un resultado razonable: admitir una sola remisión. Pero si el reenvío es admisible, ¿por qué sostener que sería una solución o resultado razonable, limitarlo a una remisión?

Objeción basada en la naturaleza de las reglas: desconoce en absoluto la verdadera naturaleza de las reglas. El hecho de que éstas figuren entre leyes civiles o comerciales no quiere decir que estén confundidas con ellas. Es así como algunos países las reúnen en textos especiales, leyes de introducción al Código Civil alemán; Brasil, Introducción al Código. No todas las reglas de nuestros Códigos, dice Niboyet, tienen la misma naturaleza —junto a disposiciones de Derecho privado figuran en el Código Napoleón algunas de innegable Derecho público— y las reglas de solución de conflicto son de Derecho público, pues su objeto consiste en determinar el imperio de las leyes que intervienen en la cuestión. Las reglas de conflictos de leyes son ante todo reglas de distribución o limitación de las soberanías. Por ello es evidente que cuando el Derecho Internacional Privado francés, en el caso "Forgo", declara competente la ley bávara, se refiere a la ley de fondo, o sea, al Derecho privado bávaro y no al Derecho público bávaro ni a sus reglas de soberanía. El vínculo establecido *a priori* entre todas las disposiciones del Derecho extranjero cualquiera sea su objeto es arbitrario.

Si cediendo ante la regla de Derecho Internacional Privado bávaro, se acepta por reenvío un Derecho sucesorio distinto del bávaro, no es posible sostener, a no ser que se tergiversen las palabras, que se aplica la ley sucesoria bávara.

Asimismo Vico afirma que si bien ambas disposiciones pueden considerarse leyes en sentido constitucional, difieren en cuanto a su carácter, porque una regla es electiva de leyes

mientras que la otra es ley propiamente dicha pues rige directamente casos concretos.

Si se tiene en cuenta, por otra parte, que para Savigny las reglas son rigurosamente obligatorias, se llega a la conclusión de que el reenvío se presenta porque se olvida "que las normas de conflicto de cada país tienen el carácter de reglas esencialmente nacionales".

Segundo argumento. No hay que ser más exigentes que la ley extranjera misma. La ley extranjera es competente en virtud de un principio de Derecho, pero eso no significa que deba aplicarse aun en contra de lo que ella disponga.

En el caso del inglés domiciliado en Francia ¿por qué obstinarse en aplicar la ley inglesa cuando Inglaterra misma no lo quiere?

Pero es que cuando una cuestión de conflicto se presenta ante los jueces franceses no se trata de saber lo que quiere Inglaterra sino lo que prescribe la ley francesa.

La ley del juez contiene dos reglas: una que sustrae a su imperio la relación de Derecho, y otra que la somete a una ley extranjera determinada; si se admite el carácter imperativo de la primera no puede negársele a la segunda para sustituirla por una regla extranjera —sobre el mismo punto— que remite a la ley del Foro. Nada tan sugestivo como el argumento del asesor de la Cámara francesa en el asunto "Soulie" 1910: "Sobre toda otra consideración satisface ver a la ley extranjera remitiendo a la ley francesa. Los tribunales franceses deben considerar a la ley francesa como mejor y más equitativa y con una concepción más elevada del Derecho. La ley nacional del extranjero abdica en favor de la francesa, «desentendiéndose» del asunto; procede así por considerar que es la mejor solución y sin condiciones puesto que la ley francesa no ha cedido nada en cambio. Es preferible que los tribunales, siempre que se lo permitan, juzguen con arreglo a la ley francesa y no conforme a la ley extranjera que no conocen". Parece por estas palabras que la ley extranjera ha sido soportada y no aceptada y que hay que felicitarse cada vez que se pueda evitar su aplicación.

Importa aceptar el fundamento tan deleznable de la cortesía. Tiene razón Niboyet al sostener que esta teoría cambia totalmente la base del Derecho Internacional Pri-

vado conduciendo a las divagaciones de la escuela holandesa de la cortesía, rechazada en forma absoluta por la jurisprudencia francesa en otras materias. Se explica el éxito de ella en Inglaterra, país de la cortesía.

Además, si se admite principalmente cuando lleva a la *lex fori* descartando por insostenible el argumento de comodidad y mejor conocimiento de su ley por el juez, se concluye que el reenvío no es un sistema sino un medio, y hasta una estratagema para escapar a las obligaciones internacionales y una negación de la extraterritorialidad del Derecho.

Tercer argumento. El reenvío es legítimo porque contribuye a asegurar la uniformidad de la solución de los conflictos y por consiguiente la ejecución internacional de las sentencias.

Según Niboyet, el argumento que se relaciona con la materia de la ejecución de sentencias, es el primero que presenta una seria apariencia doctrinal, ya que los otros dos sólo lo mostrarían como un remedio para salvar dificultades.

Es conveniente que las sentencias dictadas por un tribunal tengan una eficacia internacional.

Así, afirma Dicey, los jueces ingleses deben estatuir como lo hubieran hecho los de los países extranjeros; el reenvío ofrece las ventajas de resolver el conflicto por la misma ley en el país que se presenta y en el de la legislación al cual el reenvío se hace, y la sentencia recaída en el asunto por la jurisdicción de uno de esos países no encontrará dificultad alguna de ejecución en el otro.

Pillet rechaza el reenvío en forma absoluta, considerándolo como la negación de la base misma del Derecho Internacional Privado; su admisión, agrega, es contraria al fundamento de la soberanía y al principio de la independencia de los Estados.

En realidad, concluye, el reenvío sólo tiene dos explicaciones: una de Derecho, la cortesía internacional, y otra, de hecho, que es la que con más fuerza actúa en la práctica al permitir a los jueces aplicar su ley, lo que es más cómodo. Ninguna de ellas puede ser una justificación, la primera porque la doctrina de la cortesía está indudablemente desprovista de fundamento, y la segunda es sencillamente

inaceptable pues la misión de los tribunales no le permite adoptar la ley del menor esfuerzo.

Bartin sostiene la íntima relación que existe entre el reenvío y el problema de las calificaciones, pasándose insensiblemente de éste a aquél.

5. Explicación del reenvío por la noción de la coordinación de las reglas de conflicto (Batiffol).

La doctrina está en lo cierto cuando dice que el juez debe decidir los conflictos de leyes de acuerdo a sus reglas.

Desde luego que la ley extranjera designada por la regla es —en principio— la ley de Derecho interno; esta solución concuerda con la idea de que no aplicamos la ley extranjera por cortesía al Estado extranjero y que estamos prontos a recuperar "el regalo" que le hicimos y que él nos pasa, nosotros aplicamos la ley extranjera porque estimamos que el interés privado, que es el objeto final del litigio a resolver, será más justamente reglado, atendiendo a sus características, por la ley extranjera, refiriéndonos, pues, a la ley de Derecho interno.

Pero esta postura es correcta si el conflicto a resolver se refiere sólo a intereses particulares y no existe un conflicto virtual entre soberanías, en cuyo caso la regla, para resolver un litigio privado, debe delimitar los campos de aplicación respectiva de las diversas leyes en presencia.

En estos casos es importante tener en cuenta la concepción de Lerebours cuando dice que en los conflictos de leyes, si bien se atiende a los intereses privados, no se deben perder de vista los intereses del Estado y las características propias de las relaciones privadas internacionales.

El problema sería respecto de aquellas reglas que en la clasificación de Lerebours están fundadas en atención a razones políticas como el artículo 3º, inciso 3º, del Código Civil, que se explica por el interés político de Francia de afirmar su soberanía sobre sus súbditos domiciliados en el extranjero, sometiendo su estado y capacidad a la ley

francesa, no por consideración a la naturaleza de la relación de derecho a reglamentar, o sea, para una eficaz protección del interés individual, sino en consideración del interés político de la soberanía del Estado.

Es posible admitir —dice Batiffol— que el legislador, al dictar su propia regla de conflicto, haya previsto una eventual coordinación de su regla con la extranjera, teniendo en cuenta las estructuras de los sistemas jurídicos; si de hecho una combinación de ambas reglas permite un resultado aceptado por las dos soberanías, todo conflicto se suprime, según la expresión de la Corte de Casación.

La doctrina clásica considera al reenvío como un abandono de la regla francesa a favor de la extranjera; tal abandono, agrega el autor, no existe porque la regla extranjera no entra en juego por milagro sino por la designación de nuestra regla de conflicto; se han coordinado, pues, las dos reglas.

Que esta coordinación no está sólo en las palabras sino en la realidad, lo demuestran los casos característicos de aplicación de leyes extranjeras no unificadas.

Cuando la ley extranjera designada por nuestra regla es de un país donde la legislación no está unificada, el camino natural es coordinar nuestra regla y la regla de conflicto interno extranjero.

Así, nosotros sometemos el estatuto personal de un norteamericano a su ley nacional, pero esta ley, en realidad, no existe, sino que existen 48 leyes, y la ley federal se limita a fijar el principio de que el estatuto personal se rige por la ley del domicilio. Nosotros —agrega el autor— aplicaremos, pues, aquella regla que nos dirá si en el caso es competente la ley de Florida o la de California.

Ningún adversario del reenvío parece tener dificultad para aceptar la necesidad de este proceder.

Si el reenvío no es, por tanto, la contradicción inexplicable que denuncia la doctrina clásica del abandono del sistema francés de conflicto —dice Batiffol—, porque es siempre la regla francesa la que determina, aunque indirectamente, la solución, resta preguntarse si esta coordinación es deseable o no, y si es legítimo imputarla a la voluntad

implícita del legislador, como resultado razonable de las reglas que ha adoptado.

En el orden internacional presenta la ventaja de resolver el conflicto de soberanía. Las dos reglas de conflicto son simultáneamente satisfechas, pese a la divergencia de sus puntos de partida y el orden internacional; por ello, no tiene sino que ganar, y, según los términos de la Corte de Casación, "...todo conflicto ha sido suprimido".

Batiffol aclara que la supresión del conflicto no consiste en la unificación de las soluciones, como lo han pretendido demasiado aprisa los partidarios del reenvío.

Sin duda el juez francés por el juego del reenvío aplicará a un inglés domiciliado en Francia la ley de su domicilio, o sea, la solución inglesa; pero si el juez inglés acepta también el reenvío aplicará —en el mismo caso— la ley inglesa por reenvío de la ley francesa. El juez francés habrá aplicado la ley del domicilio y el juez inglés la de la nacionalidad; habrá, pues, intercambio y no unificación de soluciones.

Francescakis critica a Batiffol en esta conclusión, ya que al sostener este último que la regla extranjera prolongando la del foro no interviene más que en una etapa de la aplicación de la regla nacional, permite restringir a voluntad los límites de la ley extranjera —si bien se comenzó a considerarla en pie de igualdad con la del foro— para decidir que dicha regla no puede referirse sino a la ley interna del tribunal, o bien que en ciertas condiciones pueda referirse a otras reglas; de ahí que, aunque elude la objeción lógica del círculo vicioso, deja lugar a una solución cruzada, y en el canje o intercambio de soluciones, la discordancia inicial subsiste, sólo que invertida.

Pero, aunque la crítica resulta acertada, no está de más insistir en que para Batiffol la supresión del conflicto no consiste en la unificación de soluciones, sino en la desaparición de la oposición en el reparto de las competencias legislativas por las reglas de Derecho Internacional Privado.

El reenvío evita así la aplicación de la ley extranjera en los casos en que ella se declara incompetente; si en el ejemplo típico el juez francés no acepta el reenvío y aplica la ley interna inglesa de la nacionalidad, ese juez francés aplicará la ley inglesa en un caso en que ella se declara inaplicable,

desconocerá la natural soberanía de la ley inglesa, que no existe para ese caso, y el "derecho" reconocido por el orden internacional, del legislador inglés, de determinar el dominio de su propia ley.

En el orden interno, el reenvío de primer grado hace aplicar al juez su propia ley; ésta es una de sus ventajas prácticas decisivas, entre otras razones porque los jueces aplican mejor sus leyes que las extranjeras. A este argumento los opositores hacen dos objeciones, una en cuanto a la ventaja práctica expuesta, porque la comodidad de los jueces no puede informar seriamente una teoría jurídica, y la otra, porque contrariamente a la afirmación de que el reenvío amplía la esfera de aplicación de la ley nacional, el campo de jurisdicción de la misma se restringe al someter su aplicación a la decisión de un Derecho extranjero.

Dejando totalmente de lado esas consideraciones prácticas, Batiffol considera el interés del Estado, representado en el orden interno por el hecho de hacer respetar o acatar su ley, y especialmente en mantener su homogeneidad, evitando en lo posible que su sistema legislativo sea desorganizado por la introducción de elementos legislativos extranjeros más o menos conciliables con el sistema francés. Sin duda, el reenvío introduce la regla extranjera, elemento heterogéneo por referencia en el juego normal de la regla francesa, pero en cambio la ley interna francesa será aplicada íntegramente; ahora bien, y ése es el punto decisivo, la jurisprudencia estima siempre que la homogeneidad de la ley interna o sustancial importa más que la de las reglas de conflicto. La ley interna se aplica a la inmensa mayoría de las relaciones privadas, resuelve los problemas con alcance inmediato sobre la vida de la colectividad.

Las reglas —dice Batiffol— son de aplicación más rara; ellas resuelven los problemas que interesan al orden internacional, por un reparto —bastante material en sus objetivos— de las competencias. Importa más —sostiene— a los tribunales asegurar la homogeneidad de la aplicación de las leyes internas que de las reglas. Bajo este aspecto interesa el caso planteado por Wolff: Si un danés domiciliado en Berlín fallece, según que la sucesión se entable en Berlín o Copenhague, se aplicará, por el juez alemán, ley danesa,

y por el juez danés, ley alemana. Si se admite el reenvío, en cambio, cada juez aplicará su propio Derecho.

El fundamento de la eficacia internacional de las sentencias —observa Francescakis— es el caballito de batalla de los partidarios, pero ver en su realización un argumento en favor del reenvío es caer en una serie ininterrumpida de errores.

En efecto, la sentencia dictada en los Estados Unidos, por ejemplo, concerniente al estatuto personal de un inglés domiciliado en Francia y que aplica la ley inglesa conforme al sistema de la nacionalidad de la regla francesa, suscita la cuestión de saber si el reglamento francés de efectos de las sentencias extranjeras no exige igualmente que el juez americano haya respetado el principio francés de reenvío, por el cual se hubiera aplicado la ley interna francesa (a la que remite, en el caso, la regla inglesa de Derecho Internacional Privado).

De todas maneras, se constata —expresa Batiffol— que los intereses privados no son sacrificados por la aplicación del reenvío.

Sintetizando los tres objetivos diremos que al dictar las normas de Derecho Internacional Privado, el legislador contempla en primer lugar el interés de las partes, y también el interés del Estado y las necesidades del comercio jurídico internacional.

Si los tres intereses han sido respetados por la aplicación del reenvío, evidentemente éste será eficaz, el primero al dar supremacía al Derecho que tenga relación más directa con el régimen de la relación jurídica contemplada y por consiguiente tenida en cuenta por las partes; el segundo al ampliar la aplicación de la *lex fori* y además la contribución del sistema para una mayor eficacia internacional de la sentencia.

En cuanto al móvil principal, queda la ventaja de volver a la aplicación de la ley interna, pero las otras ventajas de carácter abstracto o eventual no obstante eso, han ejercido una influencia suficiente para apoyar el desenvolvimiento lógico del reenvío, principalmente para su admisión de segundo grado, en el cual no se encuentra el retorno a la *lex fori*.

Parece, pues, legítimo que el reenvío haya sido aceptado según sus principios y no como lo querían y quieren algunos autores a título de expediente en los casos particulares.

6. Límites de aplicación. Autonomía y regla "locus regit actum".

El reenvío no interviene, como vimos, cuando por ser imposible la coordinación se forma un círculo vicioso. Batiffol, como Lerebours y Maury, admite otras dos limitaciones a su funcionamiento.

a) La primera concierne a la autonomía de la voluntad.

Si en un contrato comercial las partes se refieren a la ley italiana —expresa— y nuestro sistema de conflicto designa la ley italiana, poco importa que el sistema italiano de conflicto reenvíe a la ley del lugar de celebración, el sentido de nuestra regla es que las partes han entendido concluir un negocio "italiano", o sea que han convenido según el Derecho comercial italiano exclusivamente. Ésta es, pues, la interpretación de nuestra regla y determina que se excluya la reserva de una coordinación eventual de las reglas.

De hecho, la mayor parte de los países adoptan la misma regla, por lo que en lo referente a la autonomía de la voluntad no surgen cuestiones.

b) La regla *locus regit actum* da lugar a una solución análoga.

Su sentido es que un acto será válido, en cuanto a la forma, si se ha respetado la ley del lugar donde se realizó.

Supongamos que esta ley designa otra —por ejemplo, la de la situación del inmueble, como ocurre en Derecho Internacional Privado inglés—, la obligación de aceptar ese reenvío aniquilaría el objetivo perseguido por nuestra regla de conflicto. Ésta garantiza a las partes la validez de sus actos, si han consultado para la forma del convenio, la única ley que podían de hecho conocer, esto es, la del lugar.

Aquí la regla está estrechamente vinculada a los intereses de las partes, tanto que su combinación con una regla extranjera comprometería irremediablemente esos intereses.

La armonía de las soluciones será, en estos casos, abandonada sin contradicción en ello, puesto que si el reenvío la persigue es porque normalmente protege esos intereses.

El reenvío —insiste Batiffol— no es un desistimiento de nuestra regla sino una coordinación de ella con la extranjera; si esta coordinación no respeta los intereses a regir, se la debe descartar.

7. El reenvío en la jurisprudencia y en la legislación.

El origen innegable del reenvío ha sido la jurisprudencia, y en la mayor parte de los países, el factor decisivo de las posteriores soluciones legislativas (p. ej., los fallos italianos, que en general se han pronunciado por el rechazo del reenvío, influyeron notoriamente en la sancion del art. 30 del Código Civil de 1942).

Esta característica tan acentuada en materia de reenvío, hace analizar el desarrollo jurisprudencial conjunta y necesariamente con las teorías de la doctrina.

Por tanto, nos limitamos a sintetizar la tendencia jurisprudencial de algunos países, y nos remitimos a las citas de los fallos indicados al exponer las soluciones de la doctrina.

En Francia se acepta el reenvío de primer grado. Asimismo, se comienza a admitir el reenvío de segundo grado. En este sentido se pronuncian la sentencia del 28 de junio de 1950 (Tribunal de Sena) y la sentencia del 22 de octubre de 1956 ("Rev. Crit. de Der. Int. Pr.", 1958, p. 117).

Alemania admite tanto el reenvío de primer grado como el de segundo grado. Por su parte, Suiza lo admite en primer grado.

También se pronuncian en favor del reenvío los tribunales de Inglaterra, Bélgica, Portugal, Venezuela, Rusia y España.

Pese a que Holanda registra muy pocos fallos al respecto, su orientación es favorable al reenvío.

En cuanto a Inglaterra, desde el caso "Annesley" en 1926 y en 1930 *in re* "Ross", la jurisprudencia adopta el doble reenvío; v. *in re* "O'Keefe", de 1940.

En los Estados Unidos la cuestión se encuentra aún pendiente de solución, puesto que los casos en los cuales fue tratada no son decisivos. La afirmación es de Nussbaum (*Principios de Derecho Internacional Privado,* pág. 112).

En consecuencia, no puede afirmarse que en los Estados Unidos se haya aceptado o rechazado el sistema en forma definitiva. Sin embargo, la sentencia *in re* "Schneider State" de la Surrogate Court New York, del 10 de abril de 1950 —es decir posterior a la publicación de Nussbaum, ed. 1947— autoriza a presumir el comienzo de una tendencia favorable al sistema.

Contrariamente, la jurisprudencia de Italia, Rumania, Grecia y Dinamarca se oponen a la admisión del reenvío.

Similar discordancia se observa en la doctrina; si numerosos son los adversarios del reenvío, también es cierto que eminentes autores son partidarios de éste.

a) Entre estos últimos están: Von Bar, Fiore, Colin, Vareilles Sommières, Lerebours-Pigeonnière, Weiss; limitado a ciertos casos Arminjon, Enneccerus, Frankestein, Wolff, Le Paulle, Melchior, Rolin, Dicey, Poullet, Trias y Giró, Torres Campos (quien sólo admite el de primer grado); Griswold, R. Conde Luque y F. de Castro; Carlos A. Alcorta y otros, y los que se mencionan en el resto de este trabajo o cuyas fundamentaciones se han destacado especialmente.

b) Adversarios del reenvío son: Laine, Lewald, Bartin, Pillet, Valery, Perroud, Labbe, Zitelmann, Walker, Ago, Yangúas Messía, M. Arjona, Potú, Lasala Llanas, C. A. Vico, y otros muchos a quienes ya se ha citado al exponer las críticas al sistema.

Algunos autores han modificado su opinión; tal es el caso de Niboyet, que era contrario al reenvío y posteriormente, tras el análisis a la obra de Lerebours, lo aceptó, por razones de orden público, para evitar la existencia de relaciones jurídicas apátridas.

También Anzilotti, que en un comienzo rechazaba la teoría, se convirtió al reenvío 18 años más tarde ("Rivista de

Dir. Intern.", t. XII, 289). Nota a un fallo de la Corte de Apelaciones de Florencia del 23 de enero de 1919.

En cuanto a las legislaciones, varios países lo han admitido en forma más o menos general.

Lo aceptan con respecto a todas las instituciones del estatuto personal la ley polaca de 1926 y la ley japonesa de 1898, cuyo artículo 29 establece: "Cuando se declare aplicable la ley nacional de una persona, si según el Derecho de su país deben aplicarse las leyes de Japón, se aplicarán estas últimas".

Admite el reenvío con respecto a ciertas materias del estatuto personal, la ley federal suiza de 1874 sobre matrimonios y divorcio. En cambio, se discute en los Códigos civiles de algunos cantones, como por ejemplo el de Zurich, el alcance del mismo.

El reenvío, asimismo, es admitido: Proyecto checoslovaco de 1923; artículo 4º del Código chino de 1918; artículo 108, ley de matrimonio húngara; ley de matrimonio y tutela de Suecia; artículo 64 de la ordenanza de Palestina de 1922; ley yugoslava de 1955 sobre Derecho sucesorio (artículos 156/159).

Alemania: La Ley de Introducción del Código Civil establece en el artículo 27: "Si según el Derecho de un Estado extranjero cuyas leyes se han declarado aplicables, correspondiese aplicar las leyes alemanas, serán éstas aplicadas".

Debe partirse de la base de que el Derecho Internacional Privado alemán, en principio, sigue la doctrina del envío al Derecho interno.

El artículo 27 del Código Civil constituye —debe interpretarse— una norma de excepción. En este sentido se expresa Pagenstecher.

Es también la opinión de Lewald, quien dice: "El reenvío no desempeña el papel de un principio general, sino el de un recurso, de un expediente que se usa para llegar a una solución uniforme del problema de conflicto de leyes".

Conforme a la interpretación de Pagenstecher, compartida por los autores que él menciona, el juez alemán no debe tener en cuenta el reenvío cuando, al respetarlo, resultaría destruida la coincidencia de decisiones, existentes de otro modo entre los Estados interesados.

En el Derecho alemán el reenvío se admite en materia de matrimonio, divorcio, régimen matrimonial, capacidad y sucesiones.

Igual criterio sigue la ley de letras de cambio de 1933.

Rechazan el reenvío: El Código Civil de Brasil de 1942 (artículo 16); el Proyecto de 1932 de Rumania; el Código Civil italiano de 1942, cuyo artículo 30 establece: "Cuando según los términos de los artículos precedentes, se debe aplicar una ley extranjera, se aplicarán las disposiciones de la ley misma sin tener en cuenta el reenvío que ella haga a otra ley".

El reenvío es rechazado también por el Código Civil de Grecia de 1940, el Código Civil de Egipto (art. 27) de 1948 y el Código Civil de Siria (art. 29) de 1949.

El Instituto de Derecho Internacional en la reunión de 1900 celebrada en Neufchâtel resolvió: "Cuando la ley de un Estado regla un conflicto de leyes en materia de Derecho privado, es deseable que ella designe la disposición extranjera sobre el conflicto de que se trata".

Sin embargo, ese pronunciamiento, que era el resultado lógico de la tendencia dominante puesta de manifiesto en las sesiones de Cambridge de 1895, de Copenhague de 1897 y de La Haya de 1898, se modifica. En la sesión de Oslo de 1932 se admitió el reenvío, aunque parcialmente, en materia de capacidad (*Annuaire,* 1900, 179; 1932, 566).

Como un procedimiento apto para resolver el conflicto entre la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio, el Proyecto de La Haya de 1951 recurre al reenvío. "La Convención para regular los conflictos de leyes, entre la ley nacional y la ley del domicilio", elaborada por la VII Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, de 1951, quedó abierta a la firma de los Estados concurrentes el 15 de junio de 1955.

Admiten el reenvío: la Convención de La Haya de 1902 referente a matrimonio, la Convención de Ginebra de 1930 de letra de cambio; el Convenio de Derecho Internacional Privado de cheques de Ginebra, de 1931.

Rechazan el reenvío: el Reglamento de Organización Judicial de Montreux de 1937 (art. 31) y el Proyecto de Código Europeo de Derecho Internacional Privado (art. 5º), de Frankenstein.

8. Legislación argentina.

El Código Civil no tiene disposiciones que se refieran al problema en forma expresa; claro está que el Código se redactó en época anterior al análisis de la tan discutida cuestión.

Señala Vico que aun cuando el problema se haya ignorado, no cabe duda de que el artículo 3283 del Código Civil elimina el reenvío, al disponer que el Derecho de sucesión al patrimonio del difunto se rige por el Derecho local del domicilio que tenía el causante al morir.

Asimismo, el artículo 738 del Código de Comercio excluye el reenvío al referirse a las "leyes y usos comerciales", es decir, locales.

En consecuencia, el empleo del vocablo "locales" en la legislación argentina implica eliminar el reenvío, puesto que se refiere a la aplicación, en el caso, del Derecho material extranjero.

Análogo es el argumento de C. A. Lazcano cuando afirma que, al decir "local", Vélez Sarsfield quiere decir "o sea tal como es en sus normas positivas".

Esta interpretación es discutible para Argüello y para Goldschmidt, quien sostiene que no constituye argumento, porque la referencia al "Derecho o uso local" no significa sino la reglamentación jurídica en un determinado lugar.

El artículo 3283 del Código Civil sigue el sistema de Savigny y cuando éste dice Derecho local se está refiriendo al problema de la aplicación de las reglas de derecho en el espacio.

Para rechazar el argumento del artículo 3283 del Código Civil, Goldschmidt apela a un supuesto de aplicación del artículo 3470, Código Civil, en el caso de una sucesión de un inglés fallecido en Italia en donde estaba domiciliado. La distribución de los bienes del causante, según las reglas italianas, corresponde a la ley inglesa, pero como ésta pospone a los herederos domiciliados en la Argentina se aplica el artículo 3470. En este caso, el *Derecho local* no ha sido el Derecho material italiano, sino el Derecho Internacional Privado italiano y el Derecho material inglés.

Por el contrario, Goldschmidt admite que el argumento del artículo 738 del Código de Comercio es más difícil de rebatir, puesto que califica las "leyes y usos" locales de "comerciales".

No obstante —expresa— podrían calificarse, no como Derecho comercial, sino "en el comercio", en el sentido de "conducta que se observa en el comercio de aquel lugar".

Por otra parte, la interpretación de las referencias internas (remisión interna) aceptadas aun por los adversarios del reenvío, constituye un argumento más en favor del reconocimiento del reenvío, agrega Goldschmidt.

Calandrelli se pronuncia en favor del reenvío al interpretar el artículo 12 del Código Civil (*Cuestiones...* t. II, p. 217). También Carlos A. Alcorta se muestra partidario del sistema.

En cuando a la jurisprudencia, no hay soluciones al respecto. Grossmann, partidaria del reenvío, sostiene la conveniencia de adoptar un *régimen* expreso, el cual sólo se puede suplir ventajosamente cuando la práctica ha llegado a una orientación firme y decidida en lo concerniente al problema, como ocurre en ciertas naciones europeas.

Concordantemente, Grossmann propugna la incorporación de una disposición en nuestro Código Civil, que acepte el reenvío (simple y de ulterior grado).

Dicha norma podría redactarse así: "Cuando la ley reconocida como competente por el Derecho argentino, declare aplicable una ley diferente, se aplicará en la Argentina esta última".

Teniendo en cuenta la complejidad del sistema —dice— podría preferirse una norma más explicativa; por tanto formula otra regla: "Cuando el Derecho argentino declare competente una ley extranjera, se aplicará la misma en toda su extensión, es decir, con inclusión de sus disposiciones de conflicto. Se reconocerá, por consiguiente, la remisión de la legislación declarada competente por el Derecho argentino, a cualquier ley distinta sea a la ley argentina o a una tercera ley cuyas normas se aplicarán sin reservas, salvo lo dispuesto en el artículo 14". (Iniciativas preparadas en ocasión de los estudios del Centro de Derecho Internacional

Privado del Instituto Argentino de Derecho Internacional sobre la reforma del Código Civil).

Contrariamente, Romero del Prado y Lazcano *(Anales...)* sostienen que en el caso de incorporarse una norma relativa al reenvío, en nuestra legislación, la misma debe rechazarlo, adoptándose un régimen legal acorde con la tendencia de Italia y Brasil.

A pesar de que no se registra ninguna resolución de los tribunales argentinos, respecto al problema del reenvío, frecuentemente en la literatura alemana se menciona a la jurisprudencia argentina como favorable a la adopción del reenvío. Por ejemplo: Melchior, *Grundlagen des Deutschen Int. Privatrechts,* pág. 198-1932, y otras publicaciones citadas por Nussbaum.

Capítulo VIII

CALIFICACIONES

1. Concepto.

Calificar es definir los términos empleados en la norma de Derecho Internacional Privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico.

El problema de las calificaciones puede alcanzar cualquier aspecto de la norma indirecta; así puede relacionarse con el tipo legal o con los puntos de conexión. Los términos o categorías jurídicas (domicilio, capacidad, derechos de familia, bienes inmuebles, forma de los actos) son utilizados con diferente alcance o extensión en los distintos ordenamientos jurídicos. Calificar es precisar su significado o su extensión.

2. Origen.

Se sostiene que fue Kahn en Alemania el primero que analiza el problema de las calificaciones en 1891, y Bartin lo hace en 1897 desconociendo los trabajos realizados por Kahn.

Kahn distingue tres clases de conflictos:

a) Divergencias de las normas indirectas en los distintos ordenamientos jurídicos;

b) Divergencias de los puntos de conexión aunque tengan igual denominación;

c) Divergencias entre los derechos materiales que tienen repercusión en el Derecho Internacional Privado, a los que denomina "latente *gesetzekollionem*", es decir, "colisiones latentes de leyes". En

esta categoría se plantea el problema de las calificaciones.

Bartin trabaja con varios casos que sentaron jurisprudencia.

1) Caso de la "Viuda Maltesa" (Anton c/Bartholo, fallado en la Corte de Casación francesa). Dos anglomalteses contraen matrimonio en Malta, donde establecen el domicilio conyugal sin realizar ningún tipo de convención nupcial, quedando sometidos al régimen de comunidad de bienes vigente en Malta. Posteriormente se trasladan a Argelia (Francia), y allí el marido adquiere bienes inmuebles y muere en 1889 sin dejar testamento. La ley maltesa acordaba a la viuda el derecho de usufructo del cuarto de los bienes del marido. La viuda se presenta reclamando este derecho que le acordaban los artículos 17 y 18 del Código de Rohan. Según el Derecho Internacional Privado francés, el régimen matrimonial de bienes se rige por la ley del primer domicilio común (ley anglomaltesa invocada por la viuda), pero la sucesión de los inmuebles situados en Francia se regía por la ley francesa.

Se plantea entonces si la institución de "cuarta parte de cónyuge pobre" pertenece al régimen matrimonial de bienes o es una institución de derecho sucesorio. En el primer caso se aplicaría la ley de Malta, en el segundo supuesto se aplicaría la ley francesa. Francia desconocía el derecho pretendido por la viuda ya que el derecho sucesorio del cónyuge supérstite en concurrencia con herederos sucesibles data de 1893, fecha a partir de la cual le reconoce una parte determinada en usufructo.

La institución a calificar estaba reglamentada por el Código de Rohan en el capítulo de las disposiciones sobre el matrimonio, en tanto el Derecho francés la considera parte integrante del Derecho sucesorio. La Corte de Apelación de Argelia definió la institución como perteneciente al régimen del matrimonio, esto es, según la concepción de la ley maltesa.

Se calificó conforme a la *lex causae*.

2) Caso del testamento ológrafo holandés. El artículo 994 del Código Civil holandés dispone que un súbdito holandés no puede otorgar testamento ológrafo, ni en Holanda ni en el extranjero; debe hacerlo por acto auténtico observando las formas correspondientes al lugar donde se realiza el acto. Se plantea si esta disposición pertenece al régimen de la capacidad o al régimen de la forma. Se plantea el caso de un holandés que otorga testamento ológrafo en Francia; si la ografía es un problema de forma el testamento es válido, si se contempla como 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 ografía como un problema de forma; Holanda lo califica como un problema de capacidad.

3. Diversas teorías.

a) Calificación de acuerdo a la *lex fori.*
b) Calificación de acuerdo a la *lex causae.*
c) Teoría autárquica empírica (Rabel).
d) Teoría autárquica apriorística (Lea Meriggi).
e) Teoría de la coordinación.

a) Lex fori.

El ordenamiento jurídico competente para calificar es el derecho civil del juez que conoce el pleito. Los partidarios de esta posición son Kahn, Bartin, Ago, Lorenzen, Lerebours-Pigeonnière, Niboyet, Anzilotti y otros.

Se sostiene que el legislador al declarar competente una ley extranjera restringe la aplicación de sus reglas internas, y ello significa que la definición de los términos de la norma indirecta deba darse de acuerdo a la ley del juez.

Niboyet señala que una necesidad práctica lleva a seguir la *lex fori.* Así dice este autor que el caso del testamento ológrafo del holandés se rige por la ley del lugar de celebración del acto en cuanto a la forma, para la capacidad por la ley nacional del incapaz. ¿Cómo determinar la ley competente sin fijar previamente la calificación? Para

él sólo es posible la calificación previa aplicando la *lex fori*. Tanto Kahn como Bartin entendían que la que definía era la *lex fori*. El argumento de la soberanía es abandonado, y la teoría se afirma principalmente en las siguientes razones. La determinación del derecho extranjero aplicable a una relación jurídica supone la previa identificación de la ley competente, pero para ello debe calificarse la relación, y esa función sólo incumbe a la *lex fori*. Por otra parte, es indiscutible la necesidad de coherencia que debe existir entre las categorías usadas en las normas sustanciales y las usadas en las reglas de Derecho Internacional Privado de un mismo ordenamiento jurídico.

Bartin reserva a la *lex causae* la calificación de los bienes, y en materia de autonomía de voluntad también lo hace Niboyet.

La crítica que puede formularse a esta teoría es que conduce a una limitación de la aplicación del derecho extranjero.

b) Lex causae.

La calificación debe ser dada por la ley competente para regir la relación jurídica. Esta teoría es sostenida por Despagnet, Wolff, Pacchioni, Philonenko, Frankestein.

Despagnet dice que cuando el legislador ordena aplicar una ley extranjera a una determinada relación desea que esa ley extranjera sea aplicada en cuanto organiza y regula dicha relación, si no se respeta esa calificación importaría no aplicar a ellas la ley que la *lex fori* declara aplicable. Este autor excluye los puntos de conexión de la calificación según la *lex causae*. Distingue este autor la definición de los términos contenidos en la hipótesis o tipo legal de la de los puntos de conexión. La calificación de éstos corresponde a la *lex fori*. Criterio que comparte Wolff al atribuir a la *lex fori* la función definidora de los términos "nacionalidad o domicilio".

Se critica esta teoría diciendo que determina un círculo vicioso, ya que es necesario previamente calificar la relación

jurídica para determinar la ley competente. La determinación del derecho presupone la calificación de la relación jurídica. El problema que plantea la *lex causae* es que ésta puede remitir a otro derecho y por lo tanto la *lex causae* tampoco es definitiva.

Esta crítica puede ser rebatida. La elección de la ley competente puede efectuarse previamente en atención a los elementos de conexión. Si la norma establece que la ley del domicilio regula el estado y los derechos de familia, el intérprete sólo hará la calificación de los "derechos de familia" después de haber determinado la ley del país en donde está domiciliada la persona. No obstante las limitaciones que los propios partidarios le impusieron, la teoría tiene ciertos efectos negativos; el caso de las letras de Tennessee es un ejemplo de ello.

Con motivo de unas letras libradas en Tennessee (E.E.U.U.) se deduce acción ante los tribunales alemanes. El juez aplica el Derecho de Tennessee al derecho material cambiario y el Derecho procesal alemán a las cuestiones procesales. Opuesta la prescripción de las letras, se plantea el problema de calificar dicha prescripción como perteneciente al derecho material (concepción alemana) o al Derecho procesal (concepción anglosajona).

Se hizo la calificación según la *lex causae,* razón por la cual no se aplicaron las reglas americanas sobre prescripción, por ser éstos actos procesales en concepción anglosajona, y tampoco las reglas del derecho alemán, por ser normas sustanciales; en consecuencia, la sentencia del Superior Tribunal alemán declara imprescriptibles a las letras. Resultado absurdo porque para ambos derechos eran prescriptibles.

Si, en cambio, se hubiera calificado al instituto de la prescripción según la *lex fori* como perteneciente al derecho material, se habrían aplicado las reglas del Derecho de Tennessee aun cuando éste calificara las normas sobre prescripción como pertenecientes al Derecho procesal. Es decir, la calificación conforme a la *lex fori* hubiera evitado el "escándalo jurídico" que produjo la adopción de la tesis de la *lex causae.*

c) Teoría autárquica empírica.

Rabel, principal exponente de esta teoría, critica a los partidarios de la teoría de la *lex fori* indicando que hay un gran número de calificaciones distintas en las diversas legislaciones nacionales y aceptando la *lex fori* se corre el riesgo de multiplicar los conflictos de calificaciones y no se logra la unificación de las reglas de conflicto, dado que ésta exige la comunidad de nociones, la identidad o similitud de calificaciones. Rabel dice que "la noción de la institución de la que se ocupa la regla de conflicto no es una cosa concreta que permita referirse a tal o cual derecho material nacional sino una abstracción a establecerse por la comparación de los diversos derechos nacionales. Así dice es necesario comprender por tutela no sólo lo que dice el artículo 23 del BGB sino lo que el mundo civilizado entiende en general por ello. La regla de conflicto no se remite a un fenómeno de la *lex fori* con el cual los del derecho extranjero deberían compararse, sino, al contrario, a lo que hay de común en todos estos fenómenos.

El argumento que deriva de la necesidad de coherencia entre las normas es utilizado por Rabel para exponer esta teoría. Parece en principio adecuado procurar coherencia entre las normas sustanciales y las normas de Derecho Internacional Privado por el hecho de pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico; sin embargo —dirá—, es evidente que las reglas de Derecho Internacional Privado están destinadas a cumplir una función específica, regular el concurso de distintos ordenamientos; de ahí la necesidad de coherencia entre las normas de colisión y otros ordenamientos jurídicos. Ésta es la necesidad destacada por Rabel y confirmada por Betti.

Las calificaciones se resuelven entonces por el método de la concepción funcional y mediante la *ratio juris* de la norma de colisión. Las categorías jurídicas deben interpretarse, para una mayor correspondencia con las categorías de los otros ordenamientos, mediante la comparación entre los distintos institutos de los diversos sistemas jurídicos, que deberá tener en cuenta no sólo las palabras usadas y la estructura, sino principalmente la función para determinar

las analogías existentes entre soluciones dadas a un mismo problema.

En suma, hacer una comparación funcional según la terminología de Betti. Lea Meriggi acepta en principio la conclusión de Rabel en el sentido de que la regla de conflicto es independiente de los derechos de fondo, tanto de *lex fori* como de *lex causae*. La calificación del fenómeno jurídico a reglar debe determinarse de acuerdo a las concepciones de la regla de conflicto, es decir, buscando su alcance internacional. Así dice que la donación tiene siempre el mismo origen y la misma finalidad. Calificar es "crear la definición-tipo" que responde a la concepción universal de ese fenómeno determinado, y se la descubrirá en parte recurriendo al Derecho comparado. Pero se separa de Rabel cuando observa que una sola definición tipo no es posible, pues puede ocurrir que una misma relación sea definida en una legislación como una condición de forma y en otra como condición de capacidad sin que sea posible ubicarla en una u otra. En esta hipótesis, cuando ni recurrir al Derecho comparado soluciona el problema, es necesario elegir entre las calificaciones tipo en conflicto jerarquizándolas. Si ello no condujera a resultados positivos deben formarse dos categorías de calificaciones-tipo:

A) Calificación personal: Estado y capacidad; relaciones de Derecho de familia; Derecho sucesorio; Donación.

B) Calificación territorial: *Lex fori; lex loci actus; lex rei sitae.*

Dentro del cuadro general, la calificación personal es jerárquicamente superior a la territorial, y dentro de cada grupo en particular determina la prevalencia por el orden en que los coloca.

La crítica que se puede realizar es que en rigor no puede sustentarse debidamente un orden jerárquico; son simplemente distintas categorías jurídicas.

d) Teoría de la coordinación.

Esta teoría divide el problema en dos fases:

1) Calificación de la norma de Derecho Internacional Privado (se realiza por la *lex fori*).

2) Calificación del derecho aplicable (se realiza por la *lex causae*).

Los fundamentos que se dan son que al hallarse el juez ante un caso de Derecho Internacional Privado, en primer lugar analizará ante qué institución se halla, y lo hará basándose en las normas legales del país al que pertenece. Antes de conocer la institución no podrá determinar cuál es el derecho aplicable. Es en esta primera fase donde la *lex fori* adquiere un rol preponderante aunque no absoluto, porque se admiten excepciones (por ej: la calificación de los bienes por la *lex situs*). También se fundamenta diciendo que si la calificación es un problema de interpretación de la norma de Derecho Internacional Privado, el problema no se planteará cuando esa interpretación no se pone en juego.

4. Legislación argentina. Tratados de Montevideo de 1889 y 1940.

En nuestra legislación encontramos referencias al tema de las calificaciones en el Código Civil y en los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. El Código Civil argentino, en el art. 10 somete los bienes raíces situados en la República al Derecho argentino, cuando hace referencia a su calidad de tales, quedando sujeto a aquél la definición de "inmueble".

En el art. 1211 del Código Civil se califica "instrumento público" conforme a la ley del lugar de otorgamiento; en el art. 189 de la ley 23.515 se califica la institución "matrimonio" conforme a la ley del lugar de celebración, sin perjuicio del desplazamiento de esta calificación cuando entra en juego el Orden Público Internacional Civil. En el Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1889, el art. 50 establece que la ley del lugar de residencia determina las condiciones para que la residencia constituya domicilio.

Aparece una calificación autárquica en el art. 5 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940, al definir "domicilio". En el art. 26 del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, y en el art. 32 de Derecho Civil de Montevideo de 1940 los bienes, cualquiera fuese su naturaleza, son regidos en cuanto a su "calidad" por la ley del lugar donde existen.

El Tratado de Derecho Civil de Montevideo 1889/40 califica a los actos jurídicos como civiles o comerciales, según la ley del país en que se efectúan. Asimismo, el Tratado de Derecho Comercial de Montevideo, tanto el de 1889 como el de 1940, define el término "comerciante", y así en el art. 2º del tratado de 1889 la calificación se hará conforme a la ley del lugar donde las personas tienen el asiento de sus negocios, y en el art. 2º del Tratado de 1940 la calificación se haría conforme a la ley del domicilio comercial de las personas.

En general, la doctrina moderna tiende a evitar las concepciones absolutas. Aceptará para ciertos casos la teoría de la *lex fori* y para otros la de la *lex causae* como lo hace Lewald, o como lo hace Wengler que aplicará la *lex causae* como principio sujeto a diversas limitaciones. Falconbridge sugiere una nueva regla formulada por los tribunales analógicamente a las reglas existentes para obtener "un resultado socialmente deseable".

Por último, la doctrina tiende a dejar librado a los jueces el mejor criterio aplicable sin sujetarlo a los límites estrechos de teorías genéricas o sistemáticas (Lepaulle, Rigaux, Aguilar Navarro, etc.). Valladao al explicar el silencio sobre el problema en su Anteproyecto General de Aplicación de las Leyes dirá que los jueces recurrirán a tal efecto a los principios rectores de la analogía, la equivalencia, la subsidiaridad y la adaptación para hallar las soluciones justas y equitativas para cada caso.

Capítulo IX

FRAUDE A LA LEY

1. Introducción.

El concepto del fraude a la ley no es patrimonio exclusivo de nuestra materia, toda vez que a él se recurre en la mayoría de las disciplinas jurídicas.

Sin embargo, la diversidad de los sistemas legislativos y jurisdiccionales tienen en el campo del Derecho Internacional Privado la virtualidad de provocar que en ocasiones las personas, sean físicas o jurídicas, procuren sustraerse a la aplicación de la ley normalmente competente para regir una determinada relación jurídica, colocándose bajo otra que estiman más favorable a sus intereses.

Con tal finalidad realizan una serie de actos que, si bien aisladamente son lícitos, en conjunto están deliberadamente encaminados a escapar al rigor de una ley imperativa. Por tanto, el mecanismo del fraude se reduce a burlar un precepto imperativo mediante la utilización artificial de la norma de conflicto.

2. Definición.

Hemos elegido —por compartirla—, de las muchas definiciones que se han dado de fraude a la ley, la formulada por Niboyet: *"La noción de fraude a la ley en Derecho Internacional Privado es un remedio indispensable, que permite al juez sancionar las prohibiciones que formula la ley, cada vez que los individuos, en vista de escapar a aquélla, se colocan fraudulentamente bajo el imperio de otra que no las establece".*

3. Antecedentes jurisprudenciales.

La jurisprudencia francesa ha sido muy rica en la aplicación de la teoría del fraude a la ley, habiendo adquirido gran resonancia el *affaire* de los esposos Vidal y el celebérrimo proceso de la Princesa de Beaufremont, a partir de los cuales la doctrina se ha visto obligada a abordar su problemática.

1º) Dos cónyuges franceses se naturalizaron en un cantón suizo para divorciarse inmediatamente; el Tribunal de París, por sentencia del 30 de junio de 1877, decretó la nulidad del segundo matrimonio de la señora Vidal con fundamento en la comisión de fraude a la ley francesa que impedía el divorcio vincular, el cual recién se reimplantó en 1884.

2º) La condesa de Caraman-Chimay 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: *a)* la naturalización; *b)* el divorcio vincular, y *c)* el segundo matrimonio.

En sentencia del 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 en los apartados *b* y *c*, fundándose en la intención de la condesa de burlar la ley francesa, es decir, ante la existencia de fraude a la ley.

4. Evolución de la doctrina

La noción de fraude se vislumbra en el período de las escuelas estatutarias.

Charles Dumoulin (primera Escuela francesa del siglo XVI), al referirse a la cuestión de la restitución de la dote en

el régimen patrimonial del matrimonio, enuncia un principio tendiente a determinar el fraude a la ley cuando rechaza la aplicación de la ley del último domicilio conyugal, ya que considera que de ese modo se facilitan las maniobras del marido, quien puede mudar de domicilio en busca de una ley que por resultarle más benigna favorezca sus propósitos.

También autores de la escuela holandesa del siglo XVII, como el alemán Ulrico Huber, citan los matrimonios celebrados en Brabante con dispensa papal, por haberlo sido con impedimento de parentesco, con la finalidad de burlar la ley de Frisia que no los autorizaba.

Asimismo, Luis Froland (de la segunda Escuela francesa del siglo XVIII) cita los matrimonios celebrados en París, lugar donde los futuros cónyuges fijaban su domicilio para evitar la aplicación de la costumbre de Normandía, la cual impedía el régimen patrimonial matrimonial de comunidad de bienes, quien afirma: "...Estos cónyuges son dos rebeldes que se pronuncian contra la ley de su domicilio, cuya función es soberana en sus dominios, debiendo regir a todos aquellos que viven en sus límites: estos cónyuges quieren sustraerse a las disposiciones de dicha ley adoptando otras leyes extranjeras y sometiéndose a ellas, y en cuanto han firmado su desobediencia vienen nuevamente a echarse en brazos de la ley anterior", y agrega: "¿Qué acogida se dispensará a estos rebeldes, cualquiera que sea el lugar dónde se los juzgue?...", concluyendo: "Poco tiempo antes de morir uno de los cónyuges cambian ambos de domicilio, vendiendo los inmuebles que poseen en una región para volver a comprar otros inmediatamente en una comarca distinta; todo ello para colocarse bajo el imperio de una ley sucesoria más ventajosa para el cónyuge sobreviviente. También en este caso hay fraude a la ley; este traslado de domicilio, en cierto modo *in extremis*, no es sincero, pues lo que se pretende conseguir no es un cambio de domicilio, sino obtener de un testamento lo que no permiten las reglas del régimen matrimonial...".

5. Teorías.

a) Teoría negatoria.

Algunos autores propugnan la teoría negatoria de la figura del fraude a la ley argumentando que las personas tienen derecho en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y conforme las condiciones establecidas por la ley, a someterse bajo la protección del sistema jurídico que consideran más satisfactorio a sus intereses.

Otros ven que el fraude no es una noción autónoma, por entender que el mismo resulta un supuesto particular de aplicación del orden público internacional.

Dentro de la doctrina francesa, en esta postura se enrolan autores como Lepaulle[1], quien enfáticamente destacaba que "...sin ventaja para nadie, la excepción del fraude a la ley perturbaría los negocios de escala internacional en los que no se puede operar sin buscar la ley más favorable en cada momento"; Julien Verplaetse[2], quien cita una serie de casos, entre ellos los de D'Annunzio, en Fiume; Max Reinhardt, en los países bálticos; Ingrid Bergman, en Méjico, quien señala la formación de verdaderas empresas para facilitar el fraude en Méjico, Escocia y E.E.U.U., por lo que concluía que "el fraude a la ley es una manifestación territorialista del que se valen los tribunales de ciertos países para evitar la aplicación de la ley extranjera", y Étienne Bartin, el que rechazaba la teoría del fraude por considerarlo un supuesto particular del orden público.

En la doctrina española, en esta posición se colocó Adolfo Miaja de la Muela, quien sostuvo que "...proclamar la ineficacia de un acto o serie de actos, en sí mismos perfectamente lícitos, porque de ellos se deduzca una consecuencia contraria a las finalidades de las leyes que han servido para crearlos, aproxima el concepto de fraude a la ley

[1]LEPAULLE, J.: *Le Droit International Privé. Ses Bases, ses normes et ses méthodes*, París, 1948, págs. 241 a 243.

[2]VERPLAETSE, Julien: *Le fraude à la loi en Droit International Privé*, París, 1938.

al de abuso de derecho, del cual resulta ser una aplicación particular...".

En la doctrina estadounidense tal tesis adoptó Arthur Nussbaum, quien afirmó: "...La tendencia que parece prevalecer considera que el individuo no debería ser censurado por el ejercicio de una elección que la norma sobre conflicto de leyes le brinda; se piensa, más bien, que es del resorte del legislador calificar la regla cuando lleva a un uso indeseable".

En la doctrina argentina esta tesis ha sido defendida, entre otros, por Víctor Romero del Prado, quien al pronunciarse en contra de su admisión sostuvo que "...es muy difícil la prueba de la intención fraudulenta y sería peligroso dejar su determinación al soberano arbitrio judicial".

b) Teoría afirmatoria.

Los autores que participan de esta tesis sostienen que el fraude es una noción que, además de autónoma, resulta necesaria dado que el principio de la autonomía de la voluntad no es de carácter absoluto.

Dentro de la doctrina francesa, que se ha destacado en la defensa de su admisión, se halla Jean P. Niboyet[3], quien la desarrolló profunda y extensamente, dándole amplia cabida a su aplicación.

En idéntica postura hallamos a Paul Lerebours-Pigeonnière, quien afirmaba: "...Desde el siglo XVII, los autores holandeses, preocupados por la independencia de las soberanías, introducen en sus reglas de conflicto la reserva del caso de fraude", "cuando la existencia del Estado y los intereses generales no armonizan con la libertad natural de las relaciones privadas, ha motivado excepcionalmente la restricción a las facultades individuales..."; así como también a autores como Henry Battiffol, y Paul Lagarde, quienes, si bien lo aceptan, restringen su ámbito de aplicación considerando que no es oponible a una ley extranjera aplicable en

[3]NIBOYET, Jean P.: *Le fraude à la loi en Droit International Privé*, "Revue de Droit International et Législation Comparée", 1926, p. 494.

virtud de la autonomía de la voluntad, opinión que comparte P. Armijon.

Lo admite dentro de la doctrina española, entre otros, José de Yangúas Messía.

Los autores que se enrolan en esta postura en la doctrina argentina son, entre otros: Werner Goldschmidt[4], Berta Kaller de Orchansky[5] y Alberto Juan Pardo[6].

Nosotros entendemos que el concepto de fraude no podría mantenerse si la autonomía de la voluntad fuese absoluta, pero no lo es. Ha de moverse —como acertadamente afirmó José de Yangúas Messía— dentro de los límites imperativos y prohibitivos fijados por la ley, y el fraude consiste, precisamente, en la deliberada aunque sinuosa transgresión de esos límites, más allá de los cuales el acto humano ya no es lícito y deja de tener validez legal, por lo que el fraude aparece allí donde la autonomía termina y la obligatoriedad de la ley comienza; no hay contradicción sino delimitación que el fraude no respeta, de los conceptos de libertad de las partes y autoridad de la ley.

Aceptando el principio general de su admisión en el Derecho Internacional Privado, resulta congruente —a nuestro criterio— no restringir su ámbito de aplicación a algunas materias, sino extender su alcance a la totalidad de ellas (vgr. en materia de contratos, sociedades, forma de los actos, matrimonio, divorcio, sucesiones).

6. Elementos.

a) Elemento objetivo o material.

Consiste en la realización de una serie de actos aisladamente válidos reflejados en la conducta exterior de los

[4]GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado,* 1970, p. 118.

[5]KALLER DE ORCHANSKY, Berta: *Manual de Derecho Internacional Privado,* 1976, p. 103.

[6]PARDO, Alberto Juan: *Derecho Internacional Privado.* Parte General, Buenos Aires, 1988, pág. 346.

agentes, pero que en conjunto producen un resultado prohibido por la ley.

b) Elemento subjetivo o intencional.

Se refiere a la intención o voluntad culposa de eludir las disposiciones imperativas o prohibitivas, sustituyéndolas por las de otra legislación.

c) Concurrencia de los factores o elementos objetivo y subjetivo.

El fraude es la conjunción del elemento intencional y el material; del *corpus*, esto es, la efectiva realización de actos aisladamente válidos, pero que en su conjunto llevan a un resultado absolutamente prohibido por la ley, y el *animus*, la intención que mueve al agente a realizarlos, el deliberado propósito de sustraerse —como acierta en señalar Armijon— a la norma que se lo veda, refugiándose tras el texto de la ley para violarla en su espíritu.

La doctrina objetiva, por tanto, atiende fundamentalmente al elemento material y ha sido seguida por los autores alemanes, quienes se basan en lo preceptuado por el art. 30 del Cód. Civil alemán, que establece: "La aplicación de una ley extranjera queda excluida siempre que su aplicación contravenga las buenas costumbres o finalidad de la ley". Esta postura ha sido asumida, entre otros, por Goldschmidt y Castro y Bravo.

La doctrina subjetiva es en la que se apoya la jurisprudencia francesa en los procesos Beaufremont y Vidal.

La doctrina mixta es aquella que exige la conjunción de ambos elementos; es la seguida por la mayoría —por Niboyet y Armijon, dentro de la francesa, y por Diez de Velazco, dentro de la española— y subraya la necesidad de que concurran el elemento material y el intencional para que exista fraude.

Nosotros adherimos a esta última tesis, toda vez que entendemos que para la existencia del fraude se hace precisa

la concurrrencia del elemento objetivo y del subjetivo, sin perjuicio de que la ley lo presuponga (vgr. art. 124, Ley de Sociedades).

7. Efectos.

La sanción genérica del fraude a la ley tiene por efecto someter los actos realizados al imperio de aquella ley que se ha intentado eludir, desde cualquier punto de vista, es decir, frente al país cuya legislación ha sido objeto del fraude, de aquel bajo cuya ley, por ser más favorable, se han colocado los agentes, o de terceros países, dado que la finalidad del mecanismo del fraude es el restablecimiento del carácter imperativo de la ley, impidiendo, consecuentemente, la transformación de la ley en facultativa.

8. El fraude en el Derecho argentino.

En nuestro orden jurídico existen disposiciones que receptan el fraude, como los arts. 1207 y 1208 del Código Civil, que prohíben la realización de contratos destinados a violar las leyes extranjeras o las argentinas, o el art. 124 de la Ley de Sociedades, que dispone: "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".

Desde la sanción de la ley 23.515, cuyo texto mantiene en el art. 159 lo que es tradición legislativa argentina, en punto a la sujeción de la validez extrínseca e intrínseca del matrimonio al derecho del lugar de celebración, "aunque los contrayentes hubiesen dejado su domicilio para no sujetarse a las normas que en él rigen", la derogación de la ley de Matrimonio Civil 2393 —y por ende de su art. 17— y la incorporación del divorcio vincular, ha quedado en el pasado la polémica en torno a la aplicación de la doctrina del fraude

a la expectativa, defendida por Werner Goldschmidt, que desechamos por haber sido superada doctrinaria y normativamente.

9. Tratados de Montevideo.

Los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 no han incorporado la teoría general del fraude, pero esta noción palpita en algunos de sus preceptos normativos, como los arts. 41 y 42 del Tratado de Derecho Civil de 1889, que someten al régimen patrimonial del matrimonio a la ley del domicilio conyugal que los contrayentes hubieren fijado de común acuerdo antes de la celebración del matrimonio o, en su defecto, a la ley del domicilio del marido al tiempo de la celebración del mismo, o como lo establece el art. 16 del Tratado de Derecho Civil de 1940, sujetándolo a la ley del primer domicilio conyugal.

10. Segunda Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (C. I. D. I. P. II).

En la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1979, se aprobó la "Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado", ratificada por la República Argentina por la ley 22.921 del 1 de diciembre de 1983, que nos vincula con Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, y cuyo artículo 6 dispone: "No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado parte. Quedará a juicio de las

autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas".

Por este precepto se incorpora la teoría general del fraude, y ello configura —a nuestro entender— un notable adelanto normativo, pero no podemos dejar de advertir que su redacción adolece de algunas imprecisiones terminológicas que conspiran contra su claridad.

Capítulo X

CUESTIÓN PREVIA

1. Introducción.

El problema de la "cuestión previa", también llamada "preliminar" o "incidental", se plantea cuando en presencia de una relación jurídica internacional la resolución de la cuestión principal del caso implica resolver previamente la cuestión preliminar; lo cual significa determinar cuál es el derecho aplicable a la misma, pues de la resolución de ésta depende cómo se resuelve la cuestión principal, por la conexidad que existe entre ambas.

Así, para poder decidir la vocación hereditaria de la cónyuge supérstite es cuestión preliminar determinar la validez del matrimonio, o bien para resolver la filiación por matrimonio, determinar la validez del mismo.

2. Doctrina.

Algunos autores consideran que fue Anzilotti en su obra *El Derecho Internacional en la justicia interna,* 1905, quien trata por primera vez el tema de la cuestión previa, cuando sostiene, en relación a la aplicación de cuestiones internacionales por parte de tribunales nacionales, que la jurisdicción sobre la cuestión principal incluye la jurisdicción sobre puntos preliminares o incidentales, especialmente en Derecho internacional.

Es Melchior quien plantea el problema a partir de la sentencia del Tribunal de Casación francés, del 21/4/1931, en el célebre caso "Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupoulle". Una familia inglesa originaria de la India donde habitaba tenía varios hijos legítimos y uno adoptivo, Soccalingam. La

adopción se había realizado conforme a la ley de la India. El padre adoptivo poseía bienes muebles e inmuebles en la Cochinchina (sometida a la ley francesa). El hijo adoptivo se casó y tuvo un hijo legítimo. Fallece Soccalingam y con posterioridad, en 1925, su padre adoptivo, dejando este último un testamento otorgado en 1922 ante notario de las Indias francesas en el cual deshereda a su nieto adoptivo. El nieto adoptivo, representado por su madre, la señora Ponnoucannamalle, impugna el testamento por cuanto la ley francesa otorga el derecho a la sucesión del causante al "nieto adoptivo" por derecho de representación de su padre premuerto.

El Tribunal de Saigón (1928), la Corte de Saigón (1929) y la Corte de Casación (1931) rechazan la impugnación planteada fundamentando el rechazo en que si bien la adopción es válida conforme a la ley de la India —ley aplicable por ser la ley personal del adoptante y adoptado—, ello no es válido en el Derecho francés que regula la sucesión, pues en el art. 344 del Código Civil francés la adopción realizada por un adoptante existiendo hijos legítimos no es válida.

En el caso en análisis se resolvió la cuestión previa por la ley sustancial que regía la cuestión principal, desconociendo la validez de la adopción, siendo que ésta era considerada válida tanto en la legislación de la India como en la legislación inglesa.

La opinión del Tribunal de Casación se fundamentó en que la disminución de la legítima de sus descendientes por parte del nieto adoptivo, cuando la legislación francesa vedaba la adopción existiendo hijos legítimos, afectaba el "orden público francés". Esto nos lleva a reflexionar en el sentido de que aplicar indiscriminadamente la noción del orden público conlleva a soluciones erróneas en el ámbito internacional dejándose de lado los principios de equidad y justicia.

Es a partir de Melchior que otros doctrinarios se ocupan del tema. Bartin y Niboyet consideran que en el caso "Ponnouccannamalle c. Nadimoutoupoulle" se estaba frente a un problema de calificaciones, es decir que el juez estuvo ante dos reglas de Derecho Internacional Privado francés, la

que regula la sucesión sobre inmuebles y la regla que somete la adopción al estatuto personal y que cada una de éstas pudo ser aplicada.

Arthur Nussbaum considera que "no hay prueba de que los principios familiares del Derecho Internacional Privado, especialmente sobre reenvío y calificaciones, sean insuficientes para resolver las cuestiones planteadas que se presentan"; no obstante, rescata el hecho de que es necesario aplicar diversos sistemas jurídicos extranjeros a un solo caso.

Los juristas alemanes consideran que el problema de la cuestión previa o incidental —que ellos llaman Vorfrage— es un problema distinto al de las calificaciones, es un problema autónomo del Derecho Internacional Privado.

El problema surge cuando el juez debe resolver una cuestión preliminar con elemento internacional y se plantea si debe decidirlo conforme a la regla de conflicto del foro o por la regla del país que regula la cuestión principal; en este caso sólo se da si la cuestión principal se rige por un derecho extranjero distinto al derecho del foro.

Melchior, Wengler y Wolff se inclinan por solucionar la cuestión previa conforme a la regla de conflicto de la legislación que regula la cuestión principal.

Adolfo Miaja De La Muela postula que la cuestión previa debe resolverse por la regla de conflicto del foro.

Mariano Aguilar Navarro considera que una postura rígida no es aconsejable, y sólo analizando el caso concreto podrá solucionárselo en la forma más conveniente.

Hay autores que señalan que en determinados casos debe resolverse la cuestión previa por reglas de conflicto distintas a las del foro, cuando estas últimas declaran aplicable un orden jurídico que invalide una situación jurídica constituida regularmente en el país de origen. Se aprecia en esta postura la aparición del principio del "reconocimiento de los derechos adquiridos" en el Derecho Internacional Privado.

Wiederer se encuentra enrolado en la última postura expuesta.

Makarov, autor ruso, es uno de los exponentes más destacados de esta concepción y sólo descarta la regla de

conflicto del foro para resolver la cuestión previa en tres supuestos, a saber:

a) que la situación jurídica haya sido creada en el extranjero;

b) que la mayoría de los sistemas en conflicto declaren aplicable la legislación material conforme a la que aquella relación jurídica fue constituida. Si sólo hay dos legislaciones conflictuales, prima la regla de conflicto del foro;

c) que las personas interesadas no hayan podido prever en el momento de constituir aquella situación jurídica que el tribunal que ahora interviene habría de tener que decidir acerca de su validez.

Sólo cuando la equidad lo exija, podrá apartarse de las normas de conflicto del foro.

Wengler diferencia las cuestiones preliminares en autónomas o no autónomas según sean susceptibles o no de tratamiento procesal separado.

Henri Batiffol y Paul Lagarde se refieren a la cuestión previa —*question préalable*— trayendo un ejemplo clásico expuesto por Martin Wolff; el caso de un juez alemán que ha sometido la validez de una adopción al derecho inglés, el cual lo subordina a la ausencia de hijos legítimos.

La pregunta que se formulan es si cuando la cuestión principal es regulada por una determinada ley no será necesario regular la cuestión previa por la regla de conflicto de la legislación que rige la cuestión principal.

La primera respuesta pareciera ser que esta solución es la correcta por cuanto importaría respetar la lógica interna del derecho extranjero aplicable a la cuestión principal.

El inconveniente es el de sacrificar la armonía interna de las soluciones; la legitimidad del adoptado será reconocida o denegada por el Estado del foro según el sistema jurídico aplicado a la cuestión principal.

Una u otra solución deberá apelar a excepciones que es difícil de formular.

Los autores están divididos, y muchos de ellos son escépticos en encontrar una fórmula general.

Numerosas decisiones extranjeras —señalan Batiffol y Lagarde— han abandonado sin darse cuenta el principio de la aplicación de la regla de conflicto del foro.

3. Soluciones propuestas.

a) Aplicar a la cuestión previa la misma ley que rige para la cuestión principal, entendiéndose por tal el Derecho sustancial que regula la cuestión principal.

b) Aplicar a la cuestión previa la norma indirecta de Derecho Internacional Privado de la legislación que regula la cuestión principal.

c) Aplicar a la cuestión previa la norma sustancial que rige la misma.

d) Aplicar a la cuestión previa la norma indirecta de Derecho Internacional Privado que corresponde a aquélla.

4. Legislación y jurisprudencia.

Tanto en el Código Civil como en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, la "cuestión previa" no fue materia de regulación. En los dos primeros —Código Civil y Tratados de Montevideo de 1889— el análisis del problema surge con posterioridad a la sanción de los mismos.

En el caso de los Tratados de Montevideo de 1940 podría justificarse la no inserción de regla alguna por el breve lapso existente entre la elaboración doctrinaria de la "cuestión preliminar" y la reunión del Congreso de Montevideo de 1940.

En la II Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado —Montevideo, 1979—, es suscripta y ratificada por nuestro país la Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado, que en su art. 8º establece: "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".

Consideramos que la redacción de esta norma no es correcta, en razón de que debería regularse la cuestión previa por la ley que la regla de conflicto del foro indica como aplicable.

El problema de la "cuestión previa" aparece en diversos supuestos, ejemplificándose en casos jurisprudenciales. Así, la vocación hereditaria de un hijo adoptado en el extranjero por persona fallecida antes de la entrada en vigencia de la ley 13.252, con bienes en la República. Se debió resolver la validez de la adopción y se lo hizo conforme al derecho sustancial que regía la cuestión principal, es decir, el Código Civil argentino ("Grimaldi, Miguel s/Sucesión", "L. L.", 54, pág. 413).

En otro fallo se planteó la validez del segundo matrimonio del *de cujus*, celebrado en Uruguay, existiendo uno anterior celebrado en Alemania y disuelto legítimamente en México, a fin de determinar la vocación hereditaria (fallo 67.881, CC San Isidro, agosto 19 de 1971, "K. E. s/Sucesión").

En esta sentencia si bien se soluciona la cuestión preliminar correctamente —se considera válido el segundo matrimonio—, la Cámara no lo resuelve como problema propio del Derecho Internacional Privado, incluso considera que siendo el sucesorio más que un proceso un procedimiento, no caben controversias extrañas a su específica finalidad. En el caso en análisis, la Cámara aplicando correctamente las normas de nuestra legislación llega a un resultado deseable, pero el desconocimiento por parte de los jueces de tratar la cuestión preliminar como propia del Derecho Internacional Privado aplicando las normas más adecuadas a la relación internacional, hace que se corra el riesgo de resoluciones injustas.

A modo de conclusión, consideramos que el tema de la llamada "cuestión previa", "preliminar" o "incidental" sólo lo es desde el punto de vista procesal, es decir, es "previo", "preliminar" o "incidental", en tanto la cuestión debe ser resuelta por el juez antes de resolver la cuestión principal.

A esa cuestión, que debe ser analizada previamente por el juez, debe aplicarse el derecho más conforme con la naturaleza de la relación jurídica internacional, es decir, debemos aplicar aquella legislación que la regla de conflicto del foro indica; obtendremos, así, una solución al problema de la cuestión previa acorde con los principios de equidad y

justicia en el orden internacional y sentencias válidas en ese ámbito.

Esta solución por la *lex indirecta fori* es defendida por autores de la talla de Maury, Rigaux, Rabel, Raape, Morris, Nussbaum, Falconbridge, Frankestein, Balladore Palieri, Balogh, entre otros.

Capítulo XI

LIMITACIÓN A LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Orden público internacional

1. Noción.

El problema del orden público se plantea cuando el Derecho extranjero indicado por la norma de conflicto para solucionar la cuestión de Derecho Internacional Privado está en pugna con principios fundamentales del Estado al que pertenece el juez que entiende en la causa.

La doctrina revela la dificultad de definir el tópico que nos ocupa, ya que el concepto se presenta variable, relativo y cambiante en los diferentes Estados y en las distintas épocas.

No obstante la dificultad de definir el orden público, puede éste ser reconocido por sus efectos.

2. Origen.

Es a partir del siglo XIII y hasta la actualidad que la noción de orden público se intenta perfilar jurídicamente a través de la labor de la doctrina.

Armand Lainé cree encontrar un antecedente en Bártolo —siglo XIII—, quien hacía una distinción entre estatutos favorables y desfavorables, la que denota la existencia de algunas legislaciones que no gozaban de extraterritorialidad; así, cuando un estatuto era desfavorable —en principio—, su ámbito de aplicación se limitaba exclusivamente al territorio del feudo donde regía. En punto a la llamada "cuestión inglesa" donde la ley admitía el mayorazgo, dicha norma no

podía aplicarse a los inmuebles situados en Italia. Tal principio no era caprichoso, pues el derecho inglés no podía aplicarse en Italia porque era contrario al espíritu de la legislación local por contener privilegios "odiosos" en Italia. Como puede desprenderse de este análisis, resulta la existencia de un atisbo de orden público internacional, por supuesto no sistematizado.

También Luis Froland —Escuela Estatutaria francesa del siglo XVIII— relata algunos casos debatidos en el Colegio de Abogados de París, en los cuales se expresaba que el Derecho inglés no podía ser aplicado frente al Derecho francés por las mismas circunstancias antes mencionadas, esto es, estas normas contenían privilegios.

3. Evolución de la doctrina.

Es Federico Carlos de Savigny quien en 1848, en su obra *Sistema de Derecho Romano actual,* estructura el orden público sin designarlo con esta denominación sino con la de "Límites locales a la aplicación de las leyes extranjeras".

Este autor parte, en su análisis, de la relación jurídica y elabora la llamada regla de solución de Savigny, que establece que debe determinarse para cada relación jurídica el dominio del Derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación jurídica, sea ese Derecho nacional o extranjero, conclusión que impone la comunidad jurídica de los Estados, comunidad que se asienta en dos pilares que son el Derecho Romano y el Cristianismo.

Este principio no es en nada absoluto, como señala Savigny, sino que existe una restricción al mismo, pues hay varias clases de leyes cuya naturaleza especial no admite esta independencia de la comunidad de derecho entre diferentes Estados. En presencia de esta clase de leyes se aplicará exclusivamente el propio derecho.

Savigny clasifica las leyes en permisivas e imperativas. Las primeras pueden ser dejadas de lado por el ejercicio de la autonomía de la voluntad; las imperativas no pueden ser desplazadas por la voluntad de las partes pero pueden ser dejadas de lado por una ley extranjera por aplicación de la

ley más adecuada con la naturaleza de la relación jurídica. Dentro de las leyes de carácter imperativo tenemos las leyes de una naturaleza rigurosamente obligatoria y las instituciones de un Estado extranjero cuya existencia no está reconocida por el Derecho del juez llamado a aplicar Derecho extranjero.

Para determinar si una ley tiene el carácter de rigurosamente obligatoria es necesario investigar cuál es la intención del legislador. Surge así que aquellas leyes absolutas que tienen por fin proteger los intereses de los titulares del Derecho (ej., leyes que restringen la capacidad de obrar por causa de la edad, etc.) no se encuentran dentro de esta categoría; sí, en cambio, entran a formar parte de la misma las leyes absolutas dadas no sólo en interés de los titulares del derecho sino que se fundan en razones de moral (poligamia), políticas (leyes que prohíben la adquisición de inmuebles por los hebreos en Alemania), razones de interés general, etc.

Un ejemplo de institución de un Estado extranjero no reconocido en otros es el caso de la muerte civil, reconocida en Francia y Rusia, y no reconocida en Alemania. En este caso, Alemania no tenía obligación jurídica de aplicar Derecho extranjero porque ha sido quebrada la comunidad jurídica entre los Estados.

Sintetizando, Savigny estructura el orden público de la siguiente manera: Clasifica las leyes, y en las de carácter absoluto encuadra algunas rigurosamente obligatorias; ello responde a un fundamento totalmente distinto basado en consideraciones políticas y económicas en un momento dado, y además se encuentra frente a una institución desconocida. En ambos casos justifica la limitación a la aplicación de la ley extranjera.

Distingue, pues, entre orden público interno y orden público internacional por sus efectos. Se observa así que el orden público interno limita la autonomía de la voluntad, en tanto que el orden público internacional limita la aplicación del Derecho extranjero. Como surge de lo expuesto, para Savigny tal limitación es de carácter excepcional, pues lo normal es la aplicación del Derecho extranjero.

Savigny es seguido por numerosos autores, entre los cuales debe destacarse Étienne Bartin, quien realiza uno de los más profundos estudios sobre el tema.

Pascual Estanislao Mancini (siglo XIX) distingue en el derecho dos partes: una parte *necesaria* y una parte *voluntaria*.

En cuanto a la parte necesaria del Derecho incluye los temas relacionados con las personas en sí mismas (estado y capacidad) relaciones de familia y derecho sucesorio. En estos supuestos, Mancini aplica la ley de la nacionalidad; respecto de la parte voluntaria del derecho admite el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

El Estado está obligado a respetar el principio de la autonomía y el de la nacionalidad; luego que impone la aplicación de estos dos principios establece asimismo un límite a los mismos cuando su aplicación puede afectar preceptos básicos de cada Nación. Es en este último supuesto que entra a jugar el principio de soberanía.

El límite al cual se refiere Mancini es el orden público, que impide tanto el ejercicio de la autonomía de la voluntad como la aplicación del principio de la nacionalidad.

Según este autor, son de orden público todas las leyes de Derecho público, criminal, los principios básicos de la legislación y todas las leyes que afectan el orden económico, en especial las que se refieren al régimen de los bienes inmuebles.

Como se advierte, el sistema de Mancini es sumamente amplio y confunde leyes de orden público propiamente dichas con otras que no lo son; ello puede ser apreciado en lo que respecta al régimen de los inmuebles, puesto que la aplicación de la *lex situs* tiene otro fundamento; se trata de leyes meramente territoriales, no de orden público.

Esta distinción entre leyes territoriales y de orden público fue expuesta en 1895 por Diena, quien hace ver que las leyes referentes a la propiedad y derechos reales, aunque de alcance territorial, son diferentes a las de orden público, pues en éstas la territorialidad conduce a la aplicación de la ley del foro, y en aquéllas a la de la situación de las cosas que puede ser distinta a la de la anterior.

Para Mancini el orden público es de competencia normal, y la obligación jurídica de aplicar Derecho extranjero cede ante la presencia del orden público que él estructura en forma sumamente amplia.

Mancini influye legislativamente en el Código Civil italiano de 1865, en el Código Civil español de 1888, en el japonés de 1898, etc.

Pascual Fiore, discípulo de Mancini, afirma que es necesario establecer una serie de tablas calificativas de leyes y en ese catálogo determinar apriorísticamente cuáles son leyes de orden público, incluyendo en el contenido de éstas las leyes económicas, las que atañen a la responsabilidad civil, las tributarias y las que se refieren a la propiedad en general.

Ernst Zitelmann (Siglo XIX) considera que el orden público es una cláusula de reserva que tiene el Derecho local, y por lo tanto la aplicación de la legislación extranjera cuando una norma de conflicto así lo indica, involucra dar un salto al vacío, dado que no es conocido con certeza el contenido del Derecho extranjero y por lo tanto se desconoce si va a tener adecuación al orden jurídico local. La cláusula de reserva actúa como una válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos.

La naturaleza del orden público internacional es excepcional por cuanto la ley extranjera debe contradecirla de modo grave y además siempre ante un caso concreto.

Étienne Bartin analiza el orden público señalando que el derecho local se extraterritorializa frente al orden jurídico que se encuentra en un estado de civilización similar y que cuando existen diferencias entre el progreso de un país y otro el orden público va a funcionar permanentemente.

Niboyet critica lo sostenido por Bartin, y si bien parte del postulado dado por Savigny en lo que respecta a que el orden público tiene competencia excepcional, señala que debe buscarse no el máximo de equivalencia que pretendía Savigny para que se dé la comunidad jurídica y por lo tanto la aplicación de la ley extranjera, sino que debe darse el mínimo de equivalencia dentro de cada institución para determinar si juega o no el orden público. Así señala que entre Francia e Italia hay un máximo de comunidad jurídica,

pilares comunes; sin embargo, si tomamos una institución como el matrimonio existe comunidad en tanto ambos son monogámicos pero no existía hasta el presente comunidad en el *minimum* en razón de que en Francia el matrimonio era disoluble y en Italia no.

Antoine Pillet (neo estatutario) coincide en clasificar las leyes en *generales* y *continuas*.

Las leyes generales son territoriales, en tanto que las continuas son extraterritoriales. El elemento distintivo es el interés en juego, "el fin social de la ley", y así las leyes generales protegen intereses de esa naturaleza, en tanto que las continuas protegen intereses particulares. Para Pillet, las generales son de carácter territorial y también de orden público. Como se advierte, la amplitud de esta concepción es vastísima, y este autor, al igual que Mancini y Fiore, concibe un orden público determinado apriorísticamente.

Henry Batiffol señala que la ley extranjera contiene disposiciones que atentan contra nuestras concepciones sociales y jurídicas, al punto que el juez francés rehúsa aplicarlas. Se dice entonces que él descarta la ley extranjera competente porque es contraria al orden público. Así, un extranjero no está facultado a contraer en Francia un casamiento poligámico aunque su ley nacional se lo permita.

La jurisprudencia francesa no elaboró una definición de las materias relevantes del orden público, ya que ello es imposible de hacer.

La noción de orden público varía de tiempo en tiempo y de un país a otro. Batiffol critica a Pillet y a Mancini cuando afirman que todas las leyes territoriales son de orden público. El orden público, para Mancini, evoca la idea de un carácter estrictamente imperativo. Por lo tanto, para Batiffol el orden público puede descartar una ley extranjera competente de índole personal. El orden público debe apreciarse en el momento del ligitio, lo que indica que Batiffol se enrola en la concepción *a posteriori* de la formulación de orden público.

Según Paul Lerebours-Pigeonnière, la función de orden público es doble; por un lado es una defensa contra la ley extranjera —por ejemplo, leyes que organizan la esclavitud—, y por el otro limita la aplicación de la ley extranjera

en aquellos casos en que la política legislativa tiende a imponer una línea de conducta determinada. En un caso trata de defender el Derecho natural, y en el otro los fundamentos sociales y políticos de la civilización francesa.

Se excluye la excepción de orden público en ciertos conflictos internos cuando las distintas leyes emanan de un mismo soberano; interviene en cambio el orden público aun cuando se hayan suscripto tratados, en razón de que la firma de un tratado no importa aceptar la legislación interna de los Estados contratantes y menos aún la futura legislación.

Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, en su obra *Derecho Internacional Privado,* señala que "las leyes de orden público internacional son aquellas que se dictan para los que residen en el territorio, sean nacionales o extranjeros. La aplicación de esas reglas locales a los extranjeros, sus bienes o sus actos, no se efectúa porque tengan una u otra nacionalidad sino por ser indispensable para la realización de fines sociales".

Suprimir las reglas de orden público internacional equivaldría a disolver el Estado, según lo señala Portalis; son pues leyes de orden público internacional todas las que tienen por objeto el Estado y forman su Derecho, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales.

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 Estado.

4. Concepción apriorística y a posteriori del orden público.

a) La concepción apriorística es, en orden cronológico, la primera que aparece. Vélez Sarsfield sigue este criterio en el art. 14 del Código Civil —legislativamente es un innovador—. Consiste en formular el orden público mediante una enumeración de carácter meramente enunciativa. Es tarea

del legislador declarar que una ley es o no de orden público. En igual sentido se pronuncian Mancini, Fiore y Pillet, entre otros, y en la legislación comparada el Código Civil italiano en 1865 y la mayoría de los Códigos del siglo pasado.

Surgieron varios problemas con relación a esta concepción. El primero es establecer si en todos los casos en que el legislador declara de orden público una ley, ésta es realmente de orden público, y en segundo término lo dificultoso de caracterizar el orden público también hace difícil determinar los casos que lo abarcan.

b) Tales dificultades determinan la aparición de la concepción *a posteriori*, lo cual significa que planteado el caso concreto, el juez, previo análisis de la ley extranjera indicada por su regla de conflicto, resuelve si está o no en presencia del orden público, descartando la aplicación de la ley extranjera total o parcialmente según el caso.

Actualmente, los códigos soviético, checoslovaco y yugoslavo se inclinan por esta postura.

Si bien la concepción *a posteriori* presenta la ventaja de la ductilidad en la aplicación del orden público y una mayor adaptación con el espíritu de una legislación al tiempo de su aplicación, ello requiere un buen funcionamiento judicial o fueros especiales o jueces especialistas, de lo contrario se caería en la confusión de orden público interno y orden público internacional.

Consideramos que la postura apriorística abierta con fórmulas dadas por el legislador como guías al juez es la más adecuada. Dichas fórmulas deben ser necesariamente abiertas, para permitir la adecuación de la estructura jurídica con la socioeconómica de un determinado momento. Dependerá de la sensibilidad judicial que tales fórmulas cumplan su cometido.

5. Unidad y pluralidad del orden público.

Los autores que entienden que el orden público es de competencia normal, sostienen al mismo tiempo la unidad del mismo; en tanto que los que lo consideran como principio de excepción, admiten una noción pluralista.

Para los primeros existe una única concepción y un solo efecto; un orden público único que a un tiempo impide el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluye la aplicación del derecho extranjero.

Para los segundos, en cambio, existe un orden público interno, más extenso en cuanto al ámbito de aplicación, y un orden público internacional, cuyo ámbito, si bien es más limitado, tiene mayor intensidad por cuanto tutela principios considerados de mayor importancia.

Nuestra posición coincide con la tesis pluralista, o sea que sostenemos la existencia de un orden público interno y un orden público internacional, haciéndonos eco de Savigny, quien en 1848 sistematizó por primera vez el problema del orden público.

Esta postura se ve corroborada con un análisis de nuestra legislación, tal como lo hizo Carlos M. Vico con fundamento en el art. 2 de la Ley de Matrimonio Civil, hoy arts. 159 y 160 de la ley 23.515, cuyo texto establece este criterio distintivo en materia de orden público interno e internacional.

6. Legislación argentina.

Vélez Sarsfield en el art. 14 del Código Civil legisló en materia de orden público adoptando el criterio apriorístico y dando una norma similar a los principios enunciados por Mancini. Si bien se discrepa con respecto a cuál de estos dos autores debemos reconocerle la autoría de esta formulación del orden público, la mayoría entiende que fue Vélez Sarsfield, por cuanto éste presentó el primer libro del Código Civil con anterioridad a la sanción del Código Civil italiano de 1865, siendo sin embargo posible que el codificador se haya nutrido de autores españoles que conocían la obra de Mancini.

No obstante los errores de enunciación que numerosos autores ponen de relieve en cuanto a la redacción del art. 14 del Código Civil, Stella Maris Biocca señala que la fórmula correcta podría quedar reducida tan sólo al inciso 2º del

referido artículo, que dice: "Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código", con una ligera modificación, ya que debería decir "...cuando... fuere incompatible con el espíritu de la legislación nacional".

7. Tratados de Montevideo. Protocolo Adicional.

En el Protocolo Adicional a los Tratados de Derecho Internacional Privado, art. 4, se establece: "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".

8. Orden público en el Derecho comunitario *.

El Derecho comunitario producto de la legislación emanada de los órganos creados por los tratados —marco en los procesos de integración— determina una modificación en el de orden público por parte de los Estados integrados. En los más avanzados —como la Comunidad Económica Europea— el principio de soberanía, uno de los elementos básicos de la noción de orden público, cede en pos de los objetivos comunitarios.

Es importante distinguir el orden público comunitario del orden público de los Estados Miembros de la Comunidad y analizar cómo opera la limitación a la entrada del Derecho extranjero en los casos internacionales, ya que los países de la comunidad no aplicarán la legislación extranjera cuando la misma sea contraria a las normas comunitarias y la rela-

* Las doctoras Victoria Basz y Sara L. Feldstein de Cárdenas mantienen en este tema lo desarrollado en el trabajo monográfico inédito realizado en 1971. El enfoque anticipado de esta cuestión contó con la aceptación de la mayor parte de los doctrinarios de nuestra disciplina.

Ver, de las mismas autoras, *El Derecho Internacional Privado frente a la reforma constitucional*, en "La Ley" del 22/11/1995.

ción internacional vincule a los Estados Miembros; en tanto distinto será el criterio cuando las relaciones internacionales se dan entre un Estado perteneciente a la Comunidad y un Estado que se encuentra fuera de esa órbita; en este último caso la limitación a la aplicación de la ley extranjera tiene como fundamento el ser contraria a los principios de la legislación del foro. Ello, sin perjuicio de que ningún país miembro de la Comunidad podría resolver un caso internacional cuyas consecuencias se produzcan en el ámbito comunitario, en contradicción con las políticas acordadas —por ejemplo, contratos de exclusividad—.

Lo expuesto permite señalar que en los Estados pertenecientes a esquemas integrados coexisten el orden público internacional en su concepción tradicional y el orden público comunitario.

Ambos se inciden recíprocamente cuando la penetración del Derecho extranjero perteneciente a un Estado ajeno al grupo integrado implica la violación de modo grave a algún objetivo básico de ese esquema, y ello es así por cuanto existe una prevalencia jerárquica del Derecho comunitario sobre el Derecho de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad.

BIBLIOGRAFÍA

a) Autores:

AGUILAR NAVARRO, Mariano: *Lecciones de Derecho Internacional Privado,* Madrid, 1966.

ALFONSÍN, Quintín: *Introducción a la teoría del Derecho Internacional Privado,* Montevideo, 1955.

ANZILOTTI, Dionisio: *La justicia internacional en derecho interno.*

ARMIJON, P.: *Précis de Droit International Privé,* París, 1927/29.

BARTIN, Étienne: *Études de Droit International Privé,* París, 1889.

BATIFFOL, Henry: *Traité de Droit International Privé,* París, 1955.

BATIFFOL, Henry, y LAGARDE, Paul: *Droit International Privé,* París, 1981.

BIOCCA, Stella Maris: *Codificación del Derecho Internacional Privado sobre Recomendaciones del Comité Jurídico Americano, 1973. Segundo Congreso de la A.A.D.I. (Actas del Congreso).*

— *El problema de las calificaciones en Derecho Internacional Privado,* "Lecciones y Ensayos", 43/45, año 1971, colaboración de Victoria Basz.

— *Estudios de Derecho Internacional Privado,* Buenos Aires, 1969.

— *Ley y tratado. Modificación del Tratado por ley posterior,* A.A.D.I., año 1971 (Actas del Congreso).

— *Recomendaciones aprobadas por las V Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial, año 1971, y por las VI Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial para su tratamiento en UNESCO en 1972 (Actas de Jornadas).*

CAICEDO CASTILLA, J. J.: *Derecho Internacional Privado,* Bogotá, 1967, *Comité Jurídico Interamericano, Documentos Oficiales.*

CALANDRELLI, Alcides: *Cuestiones de Derecho Internacional Privado,* Buenos Aires, ediciones 1911, 1913, 1915.

CÁRDENAS, Sara L. F. de: *La nueva Ley de Contrato de Trabajo y la aplicación del Derecho extranjero. Su tratamiento procesal,* "Revista de Derecho Laboral", nº 1, enero de 1975.

CASTRO Y BRAVO, Federico: *Derecho civil de España,* Madrid, 1949.

CONDE Y LUQUE, Rafael: *Derecho Internacional Privado,* Madrid, 1907/10.

CHALITA, Graciela, y NOOD TAQUELA: *Unificación del Derecho Internacional Privado,* Ed. Universidad, Buenos Aires, 1988.

DUNCKE BIGGS, Federico: *Derecho Internacional Privado,* 3ª ed., Chile, 1967.

EHRENZWEIG, Albert A.: *A treatise of the conflict of laws,* 2ª edición, St. Paul.

— *Conflicts of Laws*, 1959.
— *Congreso Derecho Comparado Hamburgo*, 1962.
FIORE, Pascual: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1889.
GOLDSCHMIDT, Werner: *Derecho Internacional Privado*, Bs. As., 1970.
— *Sistema y filosofía del Derecho Internacional Privado*, Bs. As., 1952.
LAINÉ, Armand: *Introduction a l'étude du Droit International Privé*, París, 1888.
LAURENT, François: *Droit Civil International*, París, 1880.
LAZCANO, Carlos A.: *Derecho Internacional Privado*, La Plata, 1965.
LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul: *Droit International Privé*, París, 1970.
MANCINI, Pascual E.: *Prelezioni*, Turín, 1851.
— *Prelusioni*, Turín, 1854.
MAROTTA RANGEL, Vicente: *Conflictos entre e Direito interno e tratados internacionais*, "Revista Ciencias Económicas e Sociais", vol. 3, nº 1.
MIAJA DE LA MUELA, Adolfo: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1969.
NIBOYET, J. P.: *Manual de Derecho Internacional Privado*, París, 1928.
— *Précis élémentaire de Droit International Privé*, París, 1932.
— *Traité de Droit International Privé*, París, 1947.
NUSSBAUM, Arthur: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1947.
PILLET, Antoine: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1923.
PIMIENTA BUENO, R.: *Direito Internacional Privado*, 1863.
QUADRI, Rolando: *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Napoli, 1961.
ROMERO DEL PRADO, Víctor N.: *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, 1961.
SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE Y SIRVÉN, Antonio: *Derecho Internacional Privado*, La Habana, 1931.
SAPENA PASTOR, Raúl: *Derecho Internacional Privado*, Bs. As., 1944.
SAVIGNY, Federico C. de: *Sistema de Derecho romano actual*, Madrid, 1879.
STORY, José: *Comentarios sobre el conflicto de leyes*, Boston, 1883.
SZASZY, István: *Private International Law in the European Peoples Democracies*, Budapest, 1964.
TORRES Y CAMPOS, Manuel: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1883.
VALLADAO, Haroldo: *Direito Internacional Privado*, 4ª edición, Brasil, 1974.
VERPLAETSE, Julián: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1954.
VICO Carlos M.: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Bs. As., 1934.

VIEYRA, Manuel: *Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal,* Montevideo, 1969.
YANGÚAS MESSÍA, José: *Derecho Internacional Privado,* Madrid, 1970.
ZEBALLOS, Estanislao S.: *Conferencias Internacionales Americanas* (1797-1910), Valencia.
— *Justicia positiva internacional,* Buenos Aires, 1910.

b) Revistas:

"Boletim da Facultade de Direito", Universidad de Coimbra, "Journal de Droit International Privé" (Clunet).
"Recueil des Cours", Academia de La Haya.
"Revista da Facultade de Direito do Oeste de Minas", año 1, nº 1.
"Revista de Derecho de la Integración".
"Revista Española de Derecho Internacional".
"Revista Jurídica de Cataluña".
"Revue Critique du Droit International Privé".

c) Conferencias y congresos (documentos oficiales):

BIOCCA, Stella Maris: *El orden público y el fraude de la ley en el Derecho Internacional Privado Argentino,* Facultad de Derecho Universidad de Mackenzie, San Pablo, Brasil, 1969.
— *Principios fundamentales de Derecho Internacional Privado,* Facultad de Derecho, Universidad de San Pablo, Brasil, 1969.
— *La escuela argentina de Derecho Internacional. Origen y evolución,* Facultad de Derecho, Universidad Católica, Pernambuco, Brasil, 1969.
— *Derecho de la integración,* Universidad de Belgrano, 1973.
— *Integración. Desafío latinoamericano,* Mercedes, Colegio de Abogados, 1975.
— *Integración latinoamericana,* Colegio de Abogados de San Martín, 1982.
Actas de Comisión Internacional de Jurisconsultos de Río de Janeiro de 1912 y 1927.
Actas de las Sesiones del Congreso Sudamericano de Montevideo de 1888, 1889, publicación gobierno argentino, 1894.
Segundo Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado de Montevideo de 1939/40, edición Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, República Argentina, 1940.
Actas Primero y Segundo Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, años 1971/73.