

# LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO, LA CLÁUSULA DE EXCEPCIÓN Y EL REENVÍO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO: UN TRINOMIO PRAGMÁTICO

## *THE APPLICATION OF FOREIGN LAW, THE CLAUSE OF EXCEPTION AND THE RENVOI DOCTRINE IN THE ARGENTINE PRIVATE INTERNATIONAL LAW: A PRAGMATIC TRINOMY*

**Leandro Baltar\* y Luciana Beatriz Scotti\*\***

Sumario: I. INTRODUCCIÓN; II. LAS NUEVAS DISPOSICIONES GENERALES EN EL DIPR ARGENTINO; III. ¿UN TRINOMIO PRAGMÁTICO?; IV. HACIA LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO: ¿NUEVO PARADIGMA?; V. ¿EL DIPR ARGENTINO EN BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA MATERIAL?; VI. PALABRAS FINALES.

**RESUMEN:** La incorporación en el Código Civil y Comercial de la Nación de un título dedicado a las disposiciones de Derecho Internacional Privado implicó un cambio para Argentina. Ante una incompleta sistematización de las normas destinadas a regular relaciones jurídicas con elementos extranjeros nos vemos en la obligación de volver a interpretar las soluciones de hoy.

---

Fecha de recepción del original: 11 de octubre de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de noviembre de 2018.

\* Abogado y Maestrando en Derecho Internacional Privado (UBA). Docente de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad. [leandrobaltar@derecho.uba.ar](mailto:leandrobaltar@derecho.uba.ar).

\*\* Abogada, egresada con Medalla de Oro (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (UBA). Doctora de la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente, recomendada al Premio “Facultad” (Área Derecho Internacional). Diploma de Posdoctorado (Facultad de Derecho, UBA). Profesora Adjunta regular de Derecho Internacional Privado y de Derecho de la Integración en la Facultad de Derecho, UBA. Directora de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro Permanente del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autora y coautora de libros, capítulos de libros, artículos, ponencias y comunicaciones en Congresos, sobre temas de su especialidad. [lucianascotti@derecho.uba.ar](mailto:lucianascotti@derecho.uba.ar).

Contamos, ahora, con disposiciones dedicadas a la parte general imponiendo nuevos desafíos y superando viejos problemas. La recepción del reenvío junto a una nueva visión en cuanto al tratamiento del derecho foráneo se nos abre como un nuevo camino esperado por muchos. Esta regulación debe ser interpretada juntamente con la novedosa incorporación de la “cláusula de excepción” como mecanismo de flexibilización del sistema conflictual argentino donde, juntos, se convierten en “amigos” que funcionan de un modo peculiar.

*ABSTRACT: The incorporation into the Civil and Commercial Code of the Nation of a title dedicated to provisions of International Private Law implied a change for Argentina. Faced with an incomplete systematization of the rules that regulate these legal relationships, we are obliged to reinterpret today's solutions.*

*Now, we have rules that regulate the general aspect by introducing new challenges and overcoming old problems. The reception of the renvoi doctrine opens up to us as a new path expected by many. This regulation must be interpreted together with the novel incorporation of the "exception clause" that proposes a flexibilization of the Argentine conflict system and that, together, become two "friends" that function in a peculiar way.*

**PALABRAS CLAVE:** Aplicación del derecho extranjero – Reenvío – Cláusula de excepción.

*KEY WORDS: Private International Law - Renvoi - Exceptional clause.*

## **I. INTRODUCCIÓN**

La existencia de una codificación completa y autónoma de las normas de Derecho Internacional Privado (DIPr) sigue siendo una deuda pendiente en la legislación argentina pese a, como veremos en breve, contar con una sistemización –aún incompleta– dentro del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN).

Haciendo un repaso histórico, la Ley 340 aprobó el Código Civil (CC) redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sársfield convirtiéndose en normativa vigente en la República Argentina desde el 1° de enero del año 1871. Con varias modificaciones legislativas que intentaron ajustar al derecho a las realidades sociales propias del pasar del tiempo (como el divorcio vincular, la eliminación de las discriminaciones sobre la categoría de hijos, la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, el matrimonio igualitario) estamos ante un cuerpo orgánico con una vida aproximada de casi 150 años.

La necesidad de una reforma siempre fue clara, no existió doctrinario que no abogue y aclame por un cambio normativo. Es imposible esperar de un texto de antaño que, por más enmiendas que se le incorporen, pueda resistir los embates propios del mundo globalizado de hoy, desafío enfrentado por todo sistema jurídico.

Pero, sin perjuicio de esta desactualización proveniente de un factor temporal, debemos destacar que podíamos encontrar normas que receptaban elementos internacionales. No

se encontraban sistematizadas, estaban dispersas a lo largo del CC –y también fuera de él– siendo una ardua tarea identificarlas por nuestros jueces. Aún más engorrosa era la tarea para una autoridad extranjera que debía aplicar soluciones locales, pues se veía ante un potenciado problema al tener que navegar en aguas poco claras y sumamente confusas. Además de ello, no todas las materias contaban con disposiciones de DIPr, la ausencia en temas claves e importantes nos dejaban en una situación desventajosa y sumidos en justas y dolorosas críticas. A modo de ejemplo, la filiación por naturaleza y la responsabilidad parental –en su momento patria potestad– no contaban con norma alguna. Teníamos en los artículos 6, 7, 9, 138, 139, 948 y 949 las disposiciones que regulaban la capacidad de las personas humanas, el artículo 11 y 12 sobre bienes inmuebles y muebles, en el artículo 13 se receptó la teoría realista al momento de determinar el modo de aplicar un derecho extranjero y en el artículo 14 podía hallarse al orden público internacional, el régimen internacional del matrimonio se encontraba receptado entre los artículos 159 a 163, los contratos tenían su recepción entre los artículos 1207 a 1216, la sucesión internacional entre el 3283 y 3286 como ejemplos para el lector.

Toda esta situación lograba poner a los operadores jurídicos en la obligación de buscar las soluciones normativas dispersas en todo el ordenamiento local: Código Civil, Código Procesal, Código Comercial, leyes especiales, etc. Esta falta de autonomía legislativa intentó ser superada en varias ocasiones, que contamos con el fuerte respaldo de la doctrina especializada.

En efecto, una de las primeras oportunidades<sup>1</sup> donde la semilla del cambio pareció tomar fuerza fue a mediados de 1989 cuando se presentó al Presidente de la Comisión de Legislación General de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, el Anteproyecto del Código de Derecho Internacional Privado y de la ley de Derecho Internacional Procesal Civil y Comercial, elaborados por el Dr. Werner Goldschmidt. Otro intento fue cuando, llegado el año 1998, el Poder Ejecutivo Nacional por Decreto N° 685/95 designó a varios juristas para que asuman la labor de realizar un proyecto de revisión o de renovación del Código Civil Argentino. Fue elevado al Poder Ejecutivo el día 28 de diciembre de 1998 compuesto, originalmente, de siete Libros incorporándose con posterioridad el Libro Octavo dedicado al DIPr. La última esperanza se dio en el año 2003 cuando la Comisión de Estudio y Elaboración del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, designada por las Resoluciones del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos N° 191/02 y 134/02, elaboró un proyecto de Código de DIPr presentado ante el Ministro de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, el cual, lamentablemente y de la misma manera que sus antecesores, quedó perdido en el olvido

Durante años nos quedamos recordando proyectos truncados que parecían sueños de difícil conclusión. Observábamos como en otros Estados se aprobaban legislaciones, lo cual hacía incrementar una suerte de envidia jurídica y, ante cada uno de ellos, nos

---

<sup>1</sup>Si el lector considera de interés profundizar en ello, recomendamos la lectura de PERUGINI ZANETTI, A. M., “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2012, Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf> (última visita 19.10.2017).

lanzábamos a escribir artículos que expresaban el significado del cambio, lo positivo del esfuerzo y lo fructífero que sería imitarlos.

La necesidad de un ajuste normativo, la exigencia de la recepción de normas acordes a los tiempos de un mundo globalizado, los nuevos principios y las nuevas estructuras sociales y familiares, la crisis de las tradicionales e históricas soluciones llevaron a crear, por medio del Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo, una Comisión encargada de elaborar un nuevo proyecto de Código. Esto, que se nos presentó como el principio del cambio o al menos lo que pareció como ello, ya que venía no solo a reemplazar al Código de Vélez sino, ambiciosamente, implicaría la unificación de las normas civiles y comerciales conteniendo, en su parte final, normas especiales dedicadas al DIPr.

Así fue como el 1 de octubre de 2014, por medio de la ley 26.994, se aprobó el CCCN el cual entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Estamos ante un cuerpo normativo que, respecto de su texto original, sufrió cambios y supresiones tanto por manos del Poder Ejecutivo como por el Senado, afectando en más de una ocasión las soluciones o finalidades propuestas por la comisión redactora.

Este Código contiene, en su Libro Sexto, Título Cuarto, Disposiciones de derecho internacional privado reflejadas en un total de 77 artículos, distribuidas en tres partes: en primer lugar encontramos las disposiciones de alcance general, luego contamos con el tratamiento de la jurisdicción internacional (junto a normas que hacen a la cooperación jurídica internacional) y, en su última parte, la llamada Parte Especial encontramos las reglas específicas para cada categoría o materia tanto para la determinación del juez competente como para el derecho aplicable.

Claramente la completa autonomía legislativa no se logró, incluso no hubiera podido lograrse como consecuencia de ser apenas un título dentro de un Código que aborda exclusivamente materia civil y comercial. Lamentablemente, no trajo el cambio como se esperaba por diversos motivos, entre los cuales podemos mencionar la supresión de normas dedicadas al reconocimiento de sentencias extranjeras, la falta de tratamiento normativo de materias como insolvencia trasfronteriza, sociedades comerciales internacionales, propiedad intelectual, seguros o transportes. Todo ello hace que no se cuente con una sistematización acabada del DIPr interno argentino. Consideramos insuficientes las soluciones brindadas por el CCCN, lo cual no implica desconocer los beneficios de la incorporación del mencionado Título cuarto del Libro sexto, luego de años de intentos fallidos<sup>2</sup>. Tal como expresó Diego Fernández Arroyo, “debe reconocerse que la sistematización del derecho internacional privado argentino operada con el nuevo Código lo hace mucho más visible para todos los operadores jurídicos, de nuestro país y del extranjero, lo que es de por sí algo muy saludable”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> En igual sentido, RODRÍGUEZ, M. S. “Algunos problemas sobre la aplicación del Derecho Extranjero en el Nuevo Código”, en *Revista Pensar en Derecho*, Nro. 8, Año 5, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 209.

<sup>3</sup> FERNANDEZ ARROYO, D., “Argentina: Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado para la República Argentina” en [www.cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/](http://www.cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/) (última visita 18.10.2017).

La insuficiencia que señalamos no responde a la conformidad o disconformidad con las soluciones aprobadas sino a la falta de una regulación autosuficiente de toda la materia, quedando aún acéfalos en varias áreas y temáticas.

En efecto, el Código, por su naturaleza misma, se limita a resolver cuestiones propias de la rama civil y comercial, y como consecuencia de ello el derecho laboral, el derecho societario, concursal, el transporte, los seguros, la propiedad intelectual, la responsabilidad por daños derivados de la contaminación o por la difamación a través de medios electrónicos, etc. siguen dispersas y, muchas de ellas, carentes de solución por el momento.

El DIPr exige y requiere de una ley o un código especial donde se sistematicen todas y cada una de las materias que se incorporan por su objeto, donde se puedan encontrar soluciones que abarquen –sí, somos ambiciosos– cada aspecto en particular con normas que respeten la internacionalidad y las necesidades del mundo hiperconectado y globalizado. En un detenido análisis a las disposiciones generales incorporadas por el CCCN, Alicia Perugini Zanetti realiza una interesante y profunda reflexión –la cual lejos de desmerecer la labor de quienes participaron en su redacción- consideramos oportuno transcribir por resumir nuestra posición:

“...Estimo que después de ochocientos años el DIPr. merece ser reconocido como mayor de edad, acreedor a la libertad de una disciplina adulta y con el ejercicio de la responsabilidad por parte de una rica doctrina argentina –pasada y presente, tuvo y tiene–. Responsabilidad como para elaborar una ley o un código autónomo pero complementario al Código Civil y Comercial”<sup>4</sup>.

Lograr una completa sistematización de las reglas implicará contar con una armonía legislativa suficiente y ello significará, para el DIPr, tener la estructura suficiente para gozar de una identidad propia.

Ahora bien, la codificación también tiene sus riesgos. Si bien se sostiene mayoritariamente que sistematizar todas las normas en un único cuerpo orgánico promueve el elemento seguridad y previsibilidad a las relaciones jurídicas, también puede tener sus consecuencias negativas y ante ello será labor de los legisladores tenerlo en consideración para evitar caer en absurdos. Durante años, las reglas aplicables a los casos iusprivatistas con elementos extranjeros se caracterizaron por su extrema rigidez, resultando incapaces de poder dar soluciones a los cambios y ambivalencias del mundo, es lo que se conoce como la petrificación de las soluciones<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> PERUGINI ZANETTI, A. M., “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, 2012, p. 684.

<sup>5</sup> AUDIT, B., “Le droit international privé en quête d'universalité” En *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, The Hague Academy of International Law*, Tomo 305, 2001, p. 37.

En esta oportunidad nos dedicaremos a analizar tres de las disposiciones contenidas en el CCCN bajo el capítulo 1: “Disposiciones generales” y cómo se encuentran internamente relacionadas bajo un trinomio complejo que puede ser perjudicial para el DIPr, en caso de interpretaciones erróneas que esperamos contribuir a evitar con este trabajo. Veamos.

## II. LAS NUEVAS DISPOSICIONES GENERALES EN EL DIPR ARGENTINO

Las problemáticas que nos proponemos analizar son antiguas, incluso casi tanto como el nacimiento de las normas de conflicto. La prestigiosa, y hasta hoy recordada, obra del jurista alemán Friedrich Karl von Savigny titulada *Sistema del Derecho Romano Actual* fue publicada entre los años de 1840 y 1849 donde se destacó su célebre “regla de solución”, instaurando nuevos paradigmas: el cambio de método y la mención de los “puntos de conexión” bajo el concepto de asiento jurídico. El nacimiento del conflictualismo fue sin duda el motor de grandes y nuevos desafíos y “dramas” jurídicos que debieron resolverse y se sumaron a los ya existentes: el reenvío en 1878<sup>6</sup>, fraude a la ley en 1874<sup>7</sup>, el problema de las calificaciones en 1889<sup>8</sup> y la cuestión previa en 1931<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> El problema del reenvío surge con el célebre caso “Forgo”, fallado por la Corte de Casación francesa en 1878. Analizaremos brevemente el caso más adelante en este trabajo.

<sup>7</sup> El caso más famoso en materia de fraude a la ley es el caso de la Duquesa de Beaufremont. La condesa de Charaman - Chimay, estaba casada con un oficial francés, el duque de Beaufremont, del cual consiguió separarse el 1° de agosto de 1874, obteniendo una sentencia de separación personal. La duquesa mudó su domicilio y luego se nacionalizó alemana en Sajonia - Altenburgo (Alemania), y se divorció allí inmediatamente después. El 24 de diciembre de 1875 la duquesa volvió a casarse en Berlín con el príncipe Bibesco, rumano de nacionalidad, volviendo inmediatamente a Francia. El duque de Beaufremont pidió ante los tribunales franceses la anulación del segundo matrimonio, atacando la sentencia de divorcio alemana, y el ulterior matrimonio celebrado también en Alemania.

En 1878, el Corte de Casación dictó sentencia en la que dio la razón al actor, invocando, entre otras razones, la prohibición del fraude a la ley. Si bien la duquesa mantuvo la nacionalidad alemana, la Corte señaló “... que la demandada había obtenido la naturalización no para ejercer los derechos y cumplir los deberes emergentes de ella, sino con el único fin de escapar a la prohibición de la ley francesa y contraer un segundo matrimonio sobre la base de su nueva nacionalidad tan pronto como ésta fue adquirida”; y en consecuencia, resolvió que los actos hechos en fraude a la ley francesa e ignorando el vínculo contraído en Francia, no eran oponibles al Duque de Beaufremont.

<sup>8</sup> En el caso “Bartholo”, un matrimonio maltés se casó y vivió en Malta, luego se mudó a Argelia (entonces territorio bajo dominio francés) donde el marido adquirió inmuebles y falleció en 1889.

La viuda solicitó a los jueces franceses la “cuarta parte del cónyuge pobre”, institución que correspondía al cónyuge supérstite según el régimen de bienes del Derecho angломaltés. Los tribunales franceses se enfrentaron a dos normas de conflicto en su Derecho internacional privado: la relativa al régimen de bienes, que remitía a la aplicación del Derecho maltés y la del Derecho sucesorio, que implicaba la aplicación del Derecho francés. Si la naturaleza del instituto se calificaba como integrante del régimen de bienes matrimonial, la pretensión de la viuda era admisible, en tanto que, de tratarse de una cuestión sucesoria, el Derecho francés conducía a su rechazo.

<sup>9</sup> El *leading case* en materia de cuestión previa es “Ponnoucanmalle v. Nadimoutoupouille”, resuelto por la Corte de Casación francesa en 1931. En este caso se plantea la situación de una familia de nacionalidad inglesa que habitaba en la India, y tenía bienes en la Cochinchina. El jefe de familia era dueño de una gran fortuna, constituida en parte por inmuebles situados en Cochinchina (territorio francés), actual Vietnam. Tenía varios hijos legítimos, y un hijo adoptivo conforme a las leyes indias. Este hijo adoptivo, a su vez, casado con la Sra. Ponnoucanmalle, fallece, antes que su padre adoptante, dejando un hijo legítimo. El adoptante fallece en 1925, habiendo redactado un testamento hecho en 1922, desheredando a su nieto adoptivo, que por derecho de representación ocupa el lugar de su padre premuerto. La Sra.

Estas cuatro problemáticas ensancharon los potenciales problemas que la norma de conflicto genera cuando el derecho aplicable a esa relación jurídica con elementos internacionales resulta ser extranjero.

La reciente normativa impactó de manera trascendental: hoy Argentina cuenta, como hemos afirmado, con una limitada e incompleta regulación en su fuente interna. Pero la importancia va mucho más allá, estamos ante normas que dicen ser un reflejo de las exigencias de una sociedad multicultural e hiperconectada, normas capaces de responder a las realidades del mundo globalizado y soluciones que instauran un sistema complejo pero armonioso de soluciones justas. Para comprobar estas ventajas es necesario profundizar en cada una de las soluciones traídas en el CCCN, nosotros le dedicaremos el presente a tres aspectos tan complejos como interesantes: la aplicación del derecho extranjero y sus alcances, el reenvío y la llamada cláusula de excepción. A cada uno de ellos le brindaremos un tratamiento por separado para, posteriormente, apreciar cómo sistematizados y actuando conjuntamente pueden terminar en una solución funcional para los magistrados que puede, a su vez, ser perjudicial y lacerante de la justicia como característica propia del DIPr.

## **1. La aplicación del derecho extranjero**

Establecer la concepción de la aplicación a pedido de parte, bajo una completa discrecionalidad, fue lógico y necesario en tiempos donde poder acceder a una normativa foránea no era nada fácil ni accesible. Entonces, cuando nuestro codificador –Vélez Sársfield– recurrió a la doctrina de Joseph Story, citándolo como fuente, nos encontrábamos ante una solución que tenía sustento en un argumento social, histórico y pragmático. En efecto, el artículo 13 del Código Civil disponía: “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. Exceptúase las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial”. A esta norma se le sumaba la nota la cual expresaba lo siguiente: “la ley extranjera es un hecho que debe probarse. La ley nacional es un derecho que simplemente se alega sin depender de la prueba”<sup>10</sup>.

---

Ponnoucannamalle inicia un juicio solicitando la impugnación del testamento. Su petición se basa en el art. 3º del apartado 2º del Código Napoleónico: “Los bienes situados en el territorio francés, se regirán por el derecho francés”. Este determina que el nieto adoptivo representa legítimamente al padre premuerto como heredero legítimo. Los otros herederos del causante plantean como cuestión previa la validez de la adopción. En 1928 el Tribunal de Saigón rechaza el cuestionamiento a la validez de la adopción. En 1929, la Corte de Saigón confirma la sentencia, y en 1931, el Tribunal de Casación Francés hace suyos los argumentos, por cuanto la adopción es válida. Pero el mismo tribunal le desconoce efectos sucesorios. Sostiene que si bien la adopción es válida según la ley de la India, ley personal de adoptante y adoptado, y que sería la ley aplicable, si la validez de la adopción fuese el único problema planteado; no es válida la adopción de acuerdo al Derecho francés que rige la sucesión, prohibiendo el art. 344 del CC francés la adopción realizada por un adoptante con hijos matrimoniales. Por lo tanto, los efectos de la adopción son nulos para Francia. Se aplicó en el caso la teoría de la jerarquización, pues se aplicó a la cuestión previa (adopción), el derecho francés que regía la cuestión principal (sucesión).

<sup>10</sup> Vale mencionar que las notas carecían de fuerza vinculante, pero teniendo en cuenta su consideración de ser la expresión de la voluntad propia del legislador, generaban una suerte de convicción o guía al momento de interpretar la normativa.

Con el pasar del tiempo esta solución territorialista y retrógrada empezó a ser cuestionada y objeto de los más severos ataques por doctrinarios especializados encabezados por Eduardo Leopoldo Fermé (Catedrático de DIPr de la Universidad de Buenos Aires), quienes, entre tantos argumentos, sostuvieron que la entrada en vigencia de la Convención Interamericana sobre Normas Generales (CIDIP II, OEA, Montevideo, 1979) implicó una tácita derogación de lo que era nuestra fuente interna<sup>11</sup>. Sin embargo, los jueces nunca se hicieron eco de ello. La crítica llegó a punto de entender que, en la actualidad, si se busca respetar la internacionalidad, debería descartarse de plano la teoría de la *Comitas Gentium*<sup>12</sup>.

Un pequeño cambio sucedió cuando en 1967 se aprobó el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 17.454, hoy vigente) donde, en el artículo 377, se dispuso “Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia del litigio”. Gracias a esta norma los internacionalistas encontraron la primera posibilidad para poder invocar la aplicación de oficio del derecho foráneo haciendo tambalear la rigidez del artículo 13. Sin embargo, la jurisprudencia tomó un camino contrario. Considerando, en primer lugar, que la norma exige a las partes la necesidad de invocar el derecho, esta disposición queda inutilizable si ello no sucediese, es decir, ante la falta de invocación o la alegación de un derecho equivocado la facultad en él dispuesta se convierte en obsoleta. Al mismo tiempo, los jueces entendieron la inexistencia de un deber, sino que se configuraría una mera facultad puesto que ellos “pueden” llevar adelante esa labor<sup>13</sup>.

Dentro de la variedad de soluciones elaboradas, una de ellas se destacó no solo por su inteligencia sino también por su presunta facilidad práctica. La teoría del uso jurídico fue creada por Werner Goldschmidt en su libro titulado *La consecuencia jurídica de la norma de Derecho Internacional Privado* bajo el siguiente postulado:

“...si se declara aplicable a una controversia un Derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo Derecho ha sido declarado aplicable”<sup>14</sup>

Entonces, propuso que el juez con competencia internacional directa deberá, al momento de aplicar el derecho foráneo, llevar a cabo la compleja labor de fallar cómo lo haría un juez del Estado cuyo derecho está aplicando. Ello implica decir que nuestros jueces no deben interpretar y aplicar aquel conjunto de normas conforme nuestra interpretación sino

---

<sup>11</sup> FERME, E. L. “Derecho Internacional Privado -Convención Americana sobre Normas Generales”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Apéndice V. 1987, pp. 209-217.

<sup>12</sup> SCOTTI, L. B. y BRODSKY, J.M, “Los clásicos problemas del derecho internacional privado relativos al derecho aplicable en el nuevo Código Civil y Comercial”, en *Revista En Letra*, año II, número 4, tomo I, 2015, p. 80.

<sup>13</sup> Ver “Adano, Juan O. c. Dresser Atlas Argentina SA” CNTrab., sala III, 21/02/83, publicado en Cuadernos de Jurisprudencia DIPr Argentina, vol. 1, Buenos Aires, pp. 106-110 y en Derecho del Trabajo XLIII-A, 391.

<sup>14</sup> GOLDSCHMIDT, W., *Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia*. Décima edición actualizada por Alicia M. Perugini Zanetti, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 223.



hacerlo como lo interpreta su colega foráneo. Fue su propio creador quien en varias oportunidades defendió esta teoría desde una mirada realista, expresando: “exige del juez nacional que compruebe lo que los jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva”<sup>15</sup> y, hecho ello, podrá imitar la sentencia.

No solo en Argentina la complejidad de la problemática llevó a la necesidad de una reformulación. Como señaló el Dr. Eduardo Tellechea Bergman fue toda la doctrina latinoamericana más prestigiosa de la época coincidente con los desarrollos del Derecho Internacional Privado regional. Así señala como en Uruguay el jurista Rafael Gallinal afirmaba en 1916 que era evidente que la ley extranjera no puede ser considerada como un hecho, sino que debía serlo como derecho, mientras que en Brasil menciona a Haroldo Valladao quien consideraba que la aplicación del extranjero debía hacerse como derecho en su totalidad<sup>16</sup>.

Antes de pasar a analizar cómo se encuentra receptada en nuestra legislación esta problemática debe destacarse que nos preguntamos cómo se aplica un “derecho extranjero” y no una “ley extranjera”. Esto puede parecer un simple tecnicismo, pero no lo es. Solo en el primer caso se puede considerar la remisión hacia las normas escritas, pero también comprensiva de otras fuentes del derecho: jurisprudencia, doctrina, principios generales, etc. Entonces, si consideramos a la teoría del uso jurídico como la más adecuada, cuando el juez deba imitar la sentencia que dictaría su contraparte debería mirar sus normas y todo aquello que ese magistrado consideraría por formar parte de su “derecho”.

Dentro del primer inciso del artículo 2595 vamos a encontrar el tratamiento dado por el CCCN al derecho extranjero. La norma dispone lo siguiente:

“Artículo 2595.- Aplicación del derecho extranjero. Cuando un derecho extranjero resulta aplicable:

a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino”.

Esta nueva disposición representa un cambio sustancial respecto a lo regulado por Vélez en el Código hoy derogado. Dejándose de lado la postura realista, la concepción en cuanto a la naturaleza jurídica del ordenamiento extranjero ya no es la de un mero hecho que tiene que ser alegado y probado.

Un primer avance lo tenemos en cuanto a la técnica legislativa utilizada. Llamativamente, este mismo argumento veremos que se repite, pero ya no como algo positivo sino – lamentablemente– como un extraño defecto. Hoy nuestra norma se refiere al tratamiento

---

<sup>15</sup> GOLDSCHMIDT, W., *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, con especial consideración del derecho internacional privado español*, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 1948, p. 375.

<sup>16</sup> TELLECHEA BERGMAN, E., “Una cuestión de creciente actualidad, la aplicación del derecho extranjero”, en *Judicatura*, N°56, 2014, pp. 115-130.

del “derecho extranjero” y no como lo hizo Vélez quien se refirió a las “leyes extranjeras”. Si bien nadie discutió, durante la vigencia de la normativa anterior, la extensión de la norma a todo el sistema jurídico extranjero, cierto era la necesidad de un uso correcto del lenguaje, más aún con el avance de la ciencia del derecho. Entonces, ahora nos referimos al derecho extranjero como un conjunto y no simplemente como leyes. Acertadas palabras nos brinda Adriana Dreyzin de Klor quien, al explicar el funcionamiento de la remisión de la norma de conflicto, entiende que ella “no es a un determinado precepto o a un conjunto de reglas, sino que se trata de una remisión a un sistema jurídico”<sup>17</sup>.

Una rápida lectura de la disposición, sin prestar atención a los detalles incorporados, puede llevarnos a considerar la recepción de la teoría de Goldschmidt marcando un cambio sustancial y respondiendo a los constantes reclamos de los iusprivatistas internacionalistas. No debemos pecar de apresurados. La norma merece ser criticada y ciertamente lo fue desde que se tomó conocimiento de su redacción. El debate se generó como consecuencia de la técnica utilizada –a esto nos referíamos anteriormente– y que pareciera un artificioso y malintencionado uso de los términos para hacer creer que se busca receptar una corriente cuando, aquellos concedores del trasfondo de la problemática, saben ver que no es tan claro como abogan y prometen. Es decir, usar las palabras “obligado” e “interpretarlo” seguido a la labor de “como harían los jueces”, nos lleva a pensar en la tarea de imitar a la sentencia susceptible de ser dictada por el juez cuyo derecho se debe aplicar, pero esto se nos cae cuando el artículo 2595 primer párrafo se refiere a que nuestro magistrado “establece su contenido”.

A nuestro criterio, “...el juez no establece el contenido del derecho extranjero, que ha sido establecido por el legislador extranjero, sino que en todo caso lo constata, verifica, aplica el ordenamiento jurídico extranjero siempre que su propia norma indirecta así lo señale”<sup>18</sup>. Alicia Perugini Zanetti lo expresó de similar manera al sostener que: “... no es el juez argentino el que ‘establece’ el contenido del derecho extranjero. En todo caso –previo a resolver el problema de las calificaciones– encuadra el conflicto que tiene que resolver en la norma extranjera apropiada. Autoriza a pensar que fue la expresión elegida para ordenar la aplicación de oficio del derecho extranjero el hecho de que el ‘establecer su contenido’ viene acompañado de la salvedad de que las partes pueden también alegarlo y probarlo”<sup>19</sup>.

El uso de la terminología, y dedicarle unas líneas al respecto, no es un capricho arbitrario y lejos está de ser un punto en desfavor. Es inevitable no alertarse por normas ambiguas o tendenciosas, potencialmente dañinas de la justicia e internacionalidad. Si el juez puede “establecer el contenido” será solo él quien pueda y deba decir desde y hasta donde llega, es decir, queda a su completa decisión la determinación del contenido de aquel sistema jurídico. La discrecionalidad en manos de los magistrados es totalmente palpable y ello nos preocupa. Poner a los jueces esta labor es equipararlo al lugar de legislador, será él

---

<sup>17</sup> DREYZIN DE KLOR, A. “Las disposiciones generales de Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial” en *Revista Código Civil y Comercial*, Año III, Número 08, septiembre 2017, La Ley, p. 5.

<sup>18</sup> SCOTTI, L. B. *Manual de Derecho Internacional Privado*, 1ª Ed, La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 127.

<sup>19</sup> Op. Cit. “PERUGINI ZANETTI, A. M., “Panorama general...” p. 666.

quien determine el alcance de la legislación foránea. Lejos se está de lo deseado por el creador de la teoría del uso jurídico, si lo que se desea es ver cuál sería la real postura de Werner Goldschmidt puede acudirse a lo dispuesto en el artículo 2 de la CIDIP II sobre Normas Generales precedida por él y donde se volcó su doctrina, en la siguiente disposición “los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el derecho extranjero...”. Nada de “establecer”.

La preocupación se incrementa si seguimos con la lectura y análisis de la norma. En su parte final del primer párrafo se regula algo aceptado por la doctrina pero que no contaba con una clara recepción normativa con anterioridad<sup>20</sup>. En aquellos supuestos donde la aplicación del derecho foráneo sea imposible, y ante la obligación de los jueces de dictar sentencia, se autoriza a recurrir a la *lex fori* como último recurso. El problema lo podemos detectar al utilizar nuevamente el término “establecido” lo cual nos remite a lo señalado anteriormente. A esta crítica se le suma la cómoda solución buscada, ante un supuesto donde el juez no pueda fijar el contenido del derecho llamado por la norma de conflicto –¿o por la autonomía de la voluntad? – automáticamente se le habilita la posibilidad de aplicar su legislación como una cómoda y conveniente salida del embrollo de aplicar una extraña normativa. Para que esta situación suceda debemos estar ante una imposibilidad fáctica de aplicar el derecho extranjero, algo poco frecuente si tenemos en cuenta la cantidad de recursos a disposición –sobre todo gracias al avance de la tecnología– de cualquier magistrado<sup>21</sup>.

Si bien no surge expresamente de la norma la obligación de aplicar de oficio estaría innata en la tarea a cargo del juez. Nada tendría sentido si no existiera la obligación de, luego de superar este detalle, permitir al magistrado deshacerse de todo ello por falta de invocación o de prueba a mano de las partes. De la misma manera que sucede con la CIDIP II, si bien no se incorporó la expresión “de oficio” debe considerarse que la consagra de este modo y así mantener una coincidencia con lo dispuesto en los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de Derecho Civil de 1889 y 1940.

Dejando de lado las críticas y considerando la recepción de la “teoría del uso jurídico”, estamos ante una concepción del derecho extranjero como un hecho notorio, y que, gracias a esta particularidad propia de no ser algo desconocido por el juez, debe aplicarlo de oficio por no ser necesaria su demostración en cabeza de los propios interesados, sin perjuicio claramente de la colaboración por parte de ellos. Puede gustarnos o no la –supuesta– teoría hoy receptada por el ordenamiento local, sobre todo en cuanto a la

---

<sup>20</sup> Fresnedo de Aguirre ya detectaba casos excepcionales en los cuales el juez se enfrenta al problema de la imposibilidad fáctica de aplicar el derecho material extranjero remitido por la norma de conflicto. Son ejemplos aquellos supuestos en los que no existen elementos de prueba e información acerca del mismo, o cuando el derecho material extranjero presenta una laguna con relación a la categoría de que se trata. Dado que el juez está obligado a fallar, la autora recuerda que la doctrina ha planteado distintas soluciones: la más frecuente y práctica de ellas -aunque no por eso adecuada- es la aplicación de la *lex fori*, que es la solución que ha adoptado nuestro legislador. Cfr. FRESNEDO DE AGUIRRE, C., “Aspectos generales del sector del derecho aplicable”, en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (Coord.) *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 299.

<sup>21</sup> Op. Cit. “SCOTTI, L.B. *Manual de Derecho Internacional Privado...*”, p. 127.

naturaleza jurídica del derecho extranjero, pero no hay margen de discusión en cuando al cambio de paradigma respecto de su antecesor.

Sin embargo, y a modo de cierre de esta problemática, encontramos una corriente doctrinaria que podríamos llamar detractores de la oficiosidad. Esta línea de pensamiento intenta suavizar la dureza resultante de imponer en cabeza de los jueces la labor de asumir la obligación de investigar, establecer, interpretar y aplicar este derecho. Para sostener ello entienden lo siguiente: solo proveyendo al intérprete de instrumentos suficientes que le permitan hacerse de manera responsable y certera a este sistema jurídico en cuestión, en caso contrario podría llevarse a un incumplimiento el deber legal del juzgador cuando no tengo modo de acceder a las fuentes de información. Como reflexión final hablan de una norma que no marca la aplicación de oficio, sino que prescribe cual es la interpretación que obligatoriamente debe dispensarse a ese derecho<sup>22</sup>.

Ahora bien, al momento de aplicar un derecho extranjero, los jueces están obligados “a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece”. Entonces, al ponerse en los zapatos del juez foráneo para poder imitar esa sentencia, es decir, fallar como él lo haría, deberá tener en cuenta todas sus normas y por ello se entiende incluidas las disposiciones de DIPr ¿acaso los jueces de otros países no aplican también sus normas indirectas? Como consecuencia de ello, la legislación extranjera debe aplicarse en su totalidad, debe considerarse como un todo, sin poder separar las reglas de conflicto foráneas, entonces, el reenvío se nos presenta como una posibilidad.

## 2. El reenvío

La doctrina incluye al reenvío o *renvoi* dentro de los problemas propios del DIPr, estableciendo su origen en el célebre antecedente jurisprudencial de la Corte de Casación francesa conocido como “Forgo” del año 1869. Angelo Davi<sup>23</sup> nos cuenta que François-Xavier Forgo, era un niño de nacionalidad bávara quien con la edad de 5 años llegó a Francia junto a su madre. Vivió en ese Estado hasta los 68 años de edad cuando falleció sin testar y dejando una sucesión exclusivamente de bienes muebles de cuantioso valor. En el proceso se presentaron familiares colaterales y la administración de los dominios del estado francés quien pedía que se considere vacante la sucesión de conformidad con el artículo 766 del Código Civil francés (en vigor en ese momento) que no les adjudicaba vocación hereditaria a los colaterales del causante. Teniendo en cuenta que, si bien Forgo residió en Francia durante casi toda su existencia, a los ojos de la ley francesa había conservado su domicilio legal original en Baviera pues nunca solicitó la autorización gubernamental que estaba en ese momento prescrito por el artículo 13 del Código Civil (derogado en 1927) para ser legalmente admitido en Francia. Por esta razón, el Tribunal en una primera decisión del 5 de mayo de 1875 declaró, de acuerdo con la regla de conflicto francesa, aplicable la ley bávara como la ley del domicilio del difunto siendo los colaterales herederos. Ante la apelación, el Tribunal de Casación decidió revocar la sentencia con el argumento que para resolver la disputa es necesario tener en cuenta no

<sup>22</sup> Véase UZAL, M. E., *Derecho Internacional Privado*, La Ley, Buenos Aires, 2016, pp. 119 - 125.

<sup>23</sup> DAVÍ, A., “Le renvoi en droit international privé contemporain” en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 352, 2012, p. 50.

solo las disposiciones materiales de la ley de Baviera, sino también sus reglas de conflicto. Cuando acuden a ellas se encontraron con la siguiente disposición: “Los muebles, ya sean tangibles o intangibles, se rigen por la ley de su situación, combinada en asuntos de sucesión, con la ley domicilio de facto o residencia habitual del fallecido”, ante ello advirtieron una remisión al derecho francés por ser el lugar del domicilio de hecho de Forgo siendo el Fisco francés quien salió exitoso.

Cuando el reenvío fue detectado por los doctrinarios sufrió de una condena sin justificación, quizás se debió al miedo y desconocimiento de los nuevos conceptos que generaron como reacción automática su rechazo. Seguir manteniendo las clásicas posturas de esa época se presentó como el modo más seguro de proceder, actuar humano por excelencia. Esta situación podemos verla reflejada cuando, en la sesión de La Haya de 1898 y de Neuchâtel en 1900, fue discutido el tema llegando a la siguiente resolución: “Cuando la ley de un Estado rige un conflicto de leyes en el ámbito del derecho privado, es deseable que designe la propia disposición que se aplicará a cada caso particular y no la disposición extranjera sobre el conflicto en cuestión”. Ante esto, especialistas como Lewald<sup>24</sup> entendieron que el Instituto<sup>25</sup>, como autoridad suprema en derecho internacional privado, condenó al reenvío.

Ante la complejidad del tema, se elaboraron tres teorías que intentan explicar el funcionamiento de la norma de conflicto, es decir, cuando la norma indirecta del juez lo invita a aplicar un derecho extranjero gracias al pedido de su punto de conexión ¿A qué parte de ese derecho lo envía? La concepción que se tenga en cuanto al alcance del derecho será la que nos sitúe en una u otra. Es decir, si consideramos que cada Estado posee un solo ordenamiento jurídico compuesto por subsistemas donde encontraremos las normas destinadas a resolver los casos domésticos y los internacionales o, por el contrario, lo vemos como dos compartimientos estancos y separados.

En una teoría, de completo rechazo, se encuentran quienes entienden a la referencia del derecho extranjero como exclusiva y únicamente a las normas de derecho interno, es decir, a las encargadas de resolver los problemas de derecho doméstico con total exclusión de las disposiciones de DIPr. Bajo el título de la teoría de la referencia mínima (*Sachnormenverweisung*), se buscó dar una rápida y pronta solución al caso iusprivatista con elementos internacionales con la simple aplicación del derecho remitido. Pensar de esta manera implica entender que las reglas internas y las de DIPr forman en cada Estado dos dominios claramente distintos y que, cuando se hable del extranjero, solo uno de ellos recibe la invitación. Claramente la posibilidad de presentarse un reenvío es nula, dado que ante la exclusión de las normas indirectas foráneas nunca se podrá ver configurado.

Para sostener este funcionamiento lógico-jurídico enuncian que el derecho del juez, donde el conflicto fue planteado, es quien tiene la labor de resolver el problema mediante la

---

<sup>24</sup> LEWALD, H., “La théorie du renvoi” en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 29, 1929, p. 584.

<sup>25</sup> Fundado el 8 de septiembre de 1873 en el Ayuntamiento de Gante, Bélgica, por once reconocidos internacionalistas. El Instituto es una asociación científica cuyo objetivo es promover el progreso del derecho internacional. <http://www.idi-iil.org/fr/> (última visita 19.10.2017).

aplicación de la solución normativa llamada por el punto de conexión, quien lo remite a un derecho designado el cual no posee esta misma función, es decir, no le compete esa misma facultad. Bajo esta mirada, también podría suceder que la legislación del Estado conectado no posea para el instituto a regular norma de DIPr, ni directa ni indirecta, no quedando otra solución que acudir a sus normas domésticas.

La segunda postura se asienta en un fundamento de aceptación / desistimiento. En búsqueda de respetar la integridad del derecho extranjero conectado, entienden que la remisión se hace a las normas foráneas incluidas las referidas a situaciones jurídicas con elementos extranjeros, pero solo será aplicable el derecho por ellas remitido si lo hacen a sí mismo, es decir, si acepta la invitación de ser aplicado. En el supuesto de que la ley extranjera declarada aplicable por la regla del conflicto no acepte esta referencia, lo cual implica un desistimiento, un deseo plasmado por el legislador de no ser aplicado, el juez se encuentra autorizado a aplicar su propio derecho. Para justificar esta solución acuden a este interesante razonamiento para nosotros más cerca de una fantasía novelesca que de la realidad jurídica: entender, en un supuesto de laboratorio, que el juez argentino desea aplicar el derecho foráneo conectado, pero si en esa misma legislación no hubo coincidencia entre la conexión y los hechos, extraer el deseo de no querer ser aplicado sería invadir la intención del legislador foráneo.

La última de las posibilidades se sitúa en un respeto a la internacionalidad en todo su alcance: cuando el derecho extranjero es llamado a ser aplicado por él se entiende incluidas las normas de DIPr que contenga. Identificada como teoría de la referencia máxima o total y, en el derecho alemán como teoría de la *Gesamtverweisung*, nos presenta un variado escenario de posibilidades donde el reenvío nace como un problema a resolver. Esta posición reconoce tres supuestos distintos según cómo se dé en la situación fáctica. Cuando el punto de conexión nos lleva a tener que aplicar el derecho extranjero debemos entenderlo como un todo, al estar dentro de un caso con elementos internacionales, entonces, buscaremos la solución dentro del DIPr foráneo en el cual podemos encontrarnos –muy probablemente– con una norma de conflicto. ¿Qué sucede si la norma indirecta extranjera remite al derecho del foro? Ante la remisión al propio derecho podemos ver dos escenarios posibles que se nos presentan: una posibilidad es entender a la referencia del derecho local con prescindencia de las normas del DIPr, es decir, remite exclusivamente al derecho interno local. A esto se lo llama reenvío de primer grado. Pero dentro de este mismo supuesto se da otra posibilidad mucho más controvertida llamada doble reenvío. El punto crucial se centra en el momento cuando la norma extranjera retorna al derecho local. ¿Por qué debe considerarse el derecho interno del juez? ¿Al estar dentro de una teoría que considera al derecho como un todo no debería acudirse nuevamente a las disposiciones del DIPr? Los argumentos para sostener este corte, es decir, la remisión al derecho local interno son los que generan una rispidez y no presentan un consenso.

Como dijimos, esta última concepción es la que más detractores supo cosechar. A uno de los cuestionamientos se lo bautizó “crítica de la raqueta o ping-pong”. Al respecto, Lewald plantea el siguiente interrogante:

“Si es verdad que cada regla de conflicto debe interpretarse en el sentido indicado, ¿por qué esto debería ser cierto exclusivamente para la regla de conflicto del foro y no para la regla del conflicto extranjero? Pero si la regla del conflicto extranjero tiene el mismo significado, vuelve a reenviar, al declarar que la ley del foro es aplicable a toda esa legislación, incluida la regla de conflicto del foro, que se remite a toda la legislación extranjera, y así sucesivamente. Por lo tanto, somos testigos, como se ha dicho a menudo, de un juego de tenis bajo las dos leyes en cuestión y no existe una razón racional para terminarla”<sup>26</sup>.

En palabras simples, si se sostiene que el derecho conectado debe vérselo como un todo ¿Por qué no hacer lo mismo con el local cuando sea llamado? Por supuesto un legislador puede ordenarle al juez que prescinda de este juego y así fue solucionado por la legislación de los Estados que lo rechazaron expresamente, situación hoy de Argentina. Pero nos vemos en la obligación de preguntarnos, si el derecho es un conjunto de normas que engloba a las disposiciones internacionales e internas. ¿Con qué argumento los legisladores decidieron acotarlo en este supuesto? ¿Podemos consentir este corte arbitrario?

En nuestro país, durante la vigencia del Código derogado no contábamos con una norma especial para resolver este problema, ante ello los jueces decidían de modo discrecional para determinar la legislación nacional aplicable. Actualmente contamos con el artículo 2596 del CCCN donde, bajo el claro y expreso título “Reenvío”, se establece:

“Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino”.

Varias consideraciones pueden –y deben– hacerse de esta norma. En aquellos supuestos donde la norma de conflicto nos remita a aplicar un derecho extranjero, por él se entiende “también” las normas de DIPr foráneas. Debemos preguntarnos si existe una obligación, es decir, ¿Hay un deber o es una mera facultad? ¿El juez está obligado a mirar las normas de DIPr del Estado conectado o puede apartarse de ellas? Estamos de acuerdo en preferir contar con una técnica legislativa que no dé lugar a interpretaciones o dudas. Por ello, empezar a conjeturar el sentido y finalidad de los términos de las normas que se suponen venían a instaurar una solución a vacíos jurídicos, es, de algún modo, comenzar con el pie izquierdo.

La Real Academia Española define “también” como el adverbio que se utiliza para indicar la igualdad, semejanza, conformidad o relación de una cosa con otra ya nombrada. Entonces, bajo esta consideración, nos situamos dentro de la consideración que impone una obligación en cabeza del operador de aplicar las normas de DIPr extranjeras. Dreyzin de Klor, doctrinaria que formó parte de la comisión encargada de la redacción de las normas de la nueva legislación, lo entiende de esta manera al expresar “el instituto del

---

<sup>26</sup> Op. Cit. LEWALD, H., “La théorie du renvoi...” p. 594.

reenvío tiene reconocimiento expreso en el DIPr argentino de fuente interna, al determinar que cuando es aplicable un derecho extranjero debe serlo en su totalidad, es decir compatibilizando sus normas de DIPr...<sup>27</sup>.

Otras legislaciones fueron mucho más contundentes al momento de regular al reenvío. Podemos citar, como ejemplo, a la ley de DIPr de Venezuela de 1998 que lo receptó en el artículo 4º reconociendo el de primer grado –y como consecuencia rechazando el doble reenvío– con una llamativa disposición sobre el reenvío de 2º al decir: “cuando el derecho extranjero competente declare aplicable el de un tercer Estado que, a su vez, se declare competente, deberá aplicarse el derecho interno de este tercer Estado pero en el caso que remita a otro Estado deberá aplicarse el derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto”. Por su parte, la Ley que contiene el Código de DIPr belga lo rechaza en el artículo 16 al decir que el derecho de un Estado se entiende como las normas de Derecho de ese Estado con exclusión de sus normas de DIPr.

Por decisión del legislador, el doble reenvío se encuentra desterrado de la legislación argentina, y ello no abre lugar a debate. La remisión al derecho del juez, y que este pueda aplicar su propia normativa, es un resultado feliz sin lugar a dudas siendo la principal razón que inclinó la balanza en favor del desprecio y rechazo del doble reenvío y, como consecuencia, expedirse en favor de su contracara. El artículo 2596 recepta esta situación al decir, en su segunda parte, que si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Si bien no lo dice expresamente, al referirse a ellas quedan excluidas sus disposiciones de DIPr reeceptándose el reenvío de primer grado.

Las dudas se nos presentan respecto al reenvío de segundo grado. ¿Qué debe hacer el juez argentino cuando el derecho extranjero contiene una norma indirecta con un punto de conexión que remite a un tercer Estado? La falta de indicación en concreto, sumado al término “también” del artículo mencionado, nos permite entender que el magistrado cuenta con una facultad discrecional envidiable. Entonces, si aplicar el derecho conectado por la norma de conflicto extranjera lleva a un resultado feliz su aplicación sería preferible. Pero, lo azaroso y fortuito de ello puede conducirnos a soluciones injustas o a aplicar derechos poco conectados, razonables o esperados.

Aquí es donde la teoría del reenvío funcional toma impulso. Este nuevo argumento utilizado para dar la justificación científica, y así convertir al reenvío en una especie de herramienta jurídica, actualmente parece tener una mayor aceptación en la doctrina y como consecuencia en la legislación de los Estados. Siguiendo las líneas de pensamiento de Alfonso Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González el reenvío se convierte en corrector cuando se utiliza para mejorar las soluciones proporcionadas por las normas de conflicto y para proporcionar soluciones más justas<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Op. Cit. DREYZIN DE KLOR, A. “Las disposiciones generales...” p. 10.

<sup>28</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado* 16 Ed, Editorial Comares, Granada, 2016, p. 511.



Entonces, ante la falta de mención expresa de la aceptación o rechazo del reenvío de segundo grado y el uso de este argumento se permite al juez un campo de actuación hasta entonces no visto en nuestra legislación. Para poder comprender ello debemos remitirnos a la funcionalidad misma de la norma indirecta. Este método busca una proximidad entre la relación jurídica a regular y el derecho conectado razón por la cual debe existir entre ambas una estrecha y necesaria vinculación con base en la razonabilidad. La selección del “asiento jurídico” realizado por el legislador debe hacerse con sumo cuidado pues debe ser algo esperable y no caer en una completa arbitrariedad. Así, por ejemplo, cuando se decide someter la validez del matrimonio a la ley del lugar de celebración implica una selección cuidadosa por ser aquel el lugar esperable, el de centro de la relación, por ser previsible y dar seguridad jurídica.

Ahora, cuando la norma indirecta remite a un derecho extranjero y éste, por medio de su norma de conflicto, nos envía al derecho de otro Estado que no es esperable, es azaroso, carece de vínculo razonable con la relación jurídica, podemos recurrir al reenvío funcional que se presenta como herramienta idónea.

Esta nueva mirada del reenvío se presenta gracias a la doctrina actual que considera que aquél no debe operar como “regla general” sino que su funcionamiento debe adaptarse al caso en concreto. En palabras simples, “actualmente, doctrina, legislación y jurisprudencia conciben el reenvío como un mero instrumento que sólo debe operar para conseguir un resultado más justo en el caso concreto”<sup>29</sup>. En definitiva, solo se admitirá el reenvío de segundo grado cuando los resultados sean materialmente satisfactorios.

En similar sentido, es de interés la opinión de María Susana Najurieta quien considera que el reenvío no es un instituto de funcionamiento automático o abstracto, sino que responden a la finalidad de lograr una mejor coordinación de sistemas diferentes. Expone: “en el derecho internacional privado de la infancia, hemos destacado que las reglas de conflicto suelen tener una elaboración artesanal en procura de los valores sustanciales: el interés superior del niño y el goce más pleno de los derechos fundamentales. Si estos objetivos se logran con la aplicación del derecho de fondo primeramente designado y la consideración de la norma de conflicto de ese derecho no conduce sino a desviar o desvirtuar el objetivo sustancial, entonces este razonamiento –aplicable como principio– deberá ser descartado. Por el contrario, si el razonamiento del reenvío permite alcanzar el objetivo de la norma de conflicto del foro, la doctrina más prestigiosa acepta este reenvío *in favorem*”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Sucesión internacional y reenvío” en *Estudios de Deusto*, Vol. 55/2, Bilbao, julio-diciembre 2007, p. 20.

<sup>30</sup> NAJURIETA, M. S., “Principios y caracteres del derecho internacional privado de la infancia con especial referencia a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, año 41, número 93, Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires, 2016, p. 153.

### 3. La cláusula de excepción

Cuando Savigny creó la regla de la solución dejó una enseñanza hasta hoy mencionada en las aulas de todas las universidades: a toda relación jurídica se le aplicará el derecho, nacional o extranjero, que responda a su naturaleza luego de detectar el asiento de ella por medio del uso del principio de sumisión voluntaria. Hoy nos referimos a la existencia de una razonable y estrecha vinculación entre la norma y el derecho seleccionado por el punto de conexión<sup>31</sup>.

La historia demostró las deficiencias del método conflictual. Ciertamente sigue siendo el método más utilizado y, quizás, más permeable cuando se busca establecer una norma general para un instituto en particular, pero el mundo de hoy caracterizado por la globalización lo vuelve a poner en jaque siendo necesario retomar las bases y analizar nuevos mecanismos de solución. Así es como nacieron el método de reconocimiento, el de autolimitación y la flexibilización.

La pregunta sería: ¿cómo corregir la elección del derecho aplicable cuando la norma de conflicto, de carácter indirecto, neutro y abstracto, nos remita a un derecho poco conectado con la relación jurídica? Estamos en un punto excepcional. El legislador fue previsor y cuando insertó en la norma el punto de conexión lo consideró en base a una razonable proximidad. Por cual, solo en aquellos casos que esta solución general se escape de la normalidad de las situaciones podremos hablar de la exigencia de una flexibilización que permita romper con la injusticia de aplicar un derecho poco conectado.

Estamos ante la célebre cláusula de excepción o “escapatoria”, que Paul Lagarde consideraba como “la réplique européenne la plus adéquate à l’objection souvent faite aux Etats-Unis à l’encontre du caractère mécanique et aveugle de la règle de conflit de type savignien”<sup>32</sup>.

Con este espíritu, el artículo 2597 establece:

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

---

<sup>31</sup> SAVIGNY, F. K. von, *Sistema del derecho romano actual* (traducido del alemán por M. CH. Guenoux; vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley), Editorial Comares, Granada, 2005.

<sup>32</sup> LAGARDE, P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 196, 1986, p. 97 y 118.

Es de interés advertir que no encontramos ninguna norma equivalente al artículo 2597 CCCN en el Código Civil derogado, ni en el derecho argentino en general. Tampoco hallamos doctrina o jurisprudencia uniforme al respecto. Los proyectos de reforma de las normas de DIPr no habían previsto la llamada “cláusula de excepción”.

Sin embargo, en el derecho comparado encontramos algunos ejemplos. Varios cuerpos jurídicos de fuente interna consagran dentro de sus normas cláusulas de excepción, algunas con carácter general ya que conciernen a todo el sistema conflictual de un país, o bien especial pues se refieren a un ámbito en particular.

Así, con carácter general, la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza de 1987, en su artículo 15 trae la denominada “*exception clause*” en los siguientes términos: “1. The law designated by this Code shall not be applied in those exceptional situations where, in light of all circumstances, it is manifest that the case has only a very limited connection with that law and has a much closer connection with another law. 2. This article is not applicable in the case of a choice of law by the parties”.

Tal como podemos observar, esta previsión de la ley suiza es muy similar a nuestro nuevo artículo 2597. En efecto, es una cláusula de excepción general, ya que se aplica a todas las normas de conflicto previstas sin perjuicio de la índole de la situación o relación jurídica, excepto cuando se admite la autonomía conflictual.

Asimismo, el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica de 2004, en su artículo 19 prevé una cláusula de excepción similar a la de la ley suiza: “Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'Etat dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre Etat. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre Etat. Lors de l'application de l'alinéa er, il est tenu compte notamment: –du besoin de prévisibilité du droit applicable, et– de la circonstance que la relation en cause a été établie régulièrement selon les règles de droit international privé des Etats avec lesquels cette relation présentait des liens au momento de son établissement”.

Esta disposición presenta dos importantes límites: la cláusula no puede ser empleada cuando las partes han escogido su ley aplicable, ni tampoco cuando la designación de la ley “depende del contenido del Derecho aplicable”.

Por otro lado, en el ámbito del derecho supranacional de la Unión Europea y con alcance especial, encontramos el artículo 4.3 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (“Roma I”) (cuyo antecedente es el artículo 4.5 del Convenio de Roma de 1980). Este precepto contiene una cláusula que permite dejar de aplicar la ley establecida bajo las normas de conflicto generales en materia contractual: “si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país”.

A su turno, el artículo 4.3 del Reglamento (CE) n° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”) indica que: “si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la Ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión”.

En todas estas expresiones normativas y en el propio artículo 2597 CCCN, la excepcionalidad es el mérito de la norma. Su aplicación debe darse solo cuando sea palpable y justa. Su mala aplicación podría llevar a soluciones injustas, convirtiéndola en un arma de doble filo. Cuando la conexión de la norma de conflicto nos remita a una legislación foránea caracterizada por la inexistencia de un vínculo real con los hechos del caso es cuando esta cláusula toma fuerza. Esto desencadenó una severa crítica de nuestra doctrina.

En efecto, María Paula All y Jorge R. Albornoz, al comentar la norma, expresan que “parece una especie de confesión del legislador, quien reconoce la falibilidad de su juicio cuando en abstracto valora la importancia de las vinculaciones del caso al momento de elaborar la norma general”. Con este razonamiento llegan a la siguiente conclusión: “No parece que contribuya a la seguridad jurídica que el legislador admita que su elección se asienta en ‘lazos poco relevantes’ del caso con el derecho elegido, sobre todo si el derecho que sustituye al elegido resulta de ‘aplicación previsible’ y la relación se ha establecido en él”<sup>33</sup>.

Del texto de la propia norma surge que no depende de la voluntad de las partes su aplicación, es decir, no estamos ante un recurso en cabeza de los sujetos intervinientes, aunque nada obsta a poder invocarla y solicitar su aplicación al juez competente, siendo él quien tendrá la última palabra. Al mismo tiempo, es un análisis que obligatoriamente deber hacer el juez. El magistrado no podrá proceder a la aplicación del derecho conectado sin considerar previamente esta funcionalidad: una vez establecido el contenido del derecho extranjero, luego de resolver el problema el reenvío y ya depurada la legislación a aplicar, debe analizar si esa legislación cuenta con lazos estrechos con el caso en concreto.

La excepcionalidad debe destacarse también como principio y como regla. Los magistrados no pueden ni deben acudir a esta cláusula para buscar la aplicación del derecho local por sobre el extranjero. Es decir, si la misma norma nos pide que al momento de corregir el derecho deba hacerse por aquel con el cual existan contactos muy estrechos no debe considerarse automáticamente una remisión a su propia ley. Si el juez está asumiendo competencia es lógico la existencia de un contacto razonable entre

---

<sup>33</sup> ALL, M. P. y ALBORNOZ, J. R. “Disposiciones de Derecho Internacional Privado” en MEDINA G. Y RIVERA, J. C. (Dir.) *Código Civil y Comercial de la Nación*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2014, S/P.

la relación jurídica y el magistrado, pero ello no implica que presente vínculos más estrechos con nuestro derecho.

La deficiencia en el uso de esta facultad, tanto sea por desconocimiento o por completa intencionalidad, nos llevará a soluciones injustas y por ello deber ser utilizada con mucho cuidado. Durante años se temió el mal uso del orden público internacional como límite a la aplicación del derecho extranjero, hoy tenemos una nueva preocupación que asumir, esperado el compromiso de los magistrados de actuar con responsabilidad.

### **III. ¿UN TRINOMIO PRAGMÁTICO?**

Por primera vez en la historia del DIPr argentino, encontramos normas que resuelven sistemáticamente los problemas propios de nuestra materia<sup>34</sup>. Pero la novedad no está asentada únicamente en ello sino también en la técnica legislativa y la teoría receptada. El Código Civil de Vélez Sarsfield nunca llegó a colmar las expectativas lo cual era algo lógico pensando el momento histórico de su redacción. Contar con algunas disposiciones referidas al DIPr en el código decimonónico era muy avanzado para la época. Por ello, el simple hecho de contar con un Título especial se nos presenta como un avance positivo.

Estas tres disposiciones analizadas, respetando el orden dado por el propio Código, deben leerse en conjunto y armonía siendo imposible considerarlas por separado al momento de determinar la aplicación de una legislación foránea. Respetar el espíritu de nuestra legislación nos pide hacerlo de este modo, leer cada norma de modo individual quebrantaría la finalidad buscada. Además, el artículo 2 del CCCN le impone al juez un modo de operar –sin importar el tipo de norma de que se trate– al considerar que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

A lo largo del análisis de cada una, fuimos expresando las diversas críticas que se presentaron por parte de nuestra doctrina. Como se puede apreciar, no existe un consenso universal sobre el alcance de las disposiciones, pero ello no debe quitarles el mérito a nuestros legisladores y al logro alcanzado.

Cuando tomamos las tres disposiciones y las ligamos, cuando buscamos la solución en concreto nos damos cuenta que tienen una forma de operar símil a los engranajes de un reloj. Una va empujando a la otra hasta lograr llegar a un resultado que pretende ser el más justo, por ello el derecho extranjero que quiera ser aplicado en nuestro territorio será sometido a diversos pasos los cuales deberá sortear exitosamente.

---

<sup>34</sup> Vale la pena mencionar que el problema de las calificaciones y el de la cuestión previa no cuentan con norma general en el CCCN, bajo la concepción de desear a que la ciencia del DIPr continúe evolucionando y no atar al juez a una solución en particular (conforme surge de los fundamentos al Anteproyecto de Código) quedaron sin regulación, teniendo solamente algunas disposiciones en particular.

La conexión jurídica que los une, como la leyenda oriental del hilo rojo, es de muy difícil ruptura. Iniciado el procedimiento ante las autoridades judiciales argentinas y declarado competente, el juez deberá detectar la internacionalidad del caso y la aplicación de la fuente que corresponda. Gracias a la jerarquía de los tratados internacionales (conforme surge por lo dispuesto por la Constitución de la Nación Argentina artículo 75 inc. 22, y arts. 2594 y 2601 CCCN) solo ante la ausencia de alguno de ellos se podrá recurrir a las disposiciones de la dimensión interna. En este supuesto, se buscará encuadrar el planteo dentro de alguno de los tipos legales receptados en la parte especial. Cuando el operador jurídico se encuentre ante un caso con elementos internacionales, luego de comprobar la fuente y de determinar su competencia, buscará la norma aplicable en su ordenamiento. Si ella, mediante el punto de conexión, lo invita a aplicar un derecho foráneo será el momento en el cual tengamos que empezar el análisis conjunto de los artículos 2595, 2596 y 2597.

En primer lugar, se enfrenta ante una compleja realidad: zambullirse en una extraña legislación –seguramente– desconocida por él. Es entonces cuando tiene la primera obligación: establecer el contenido de esa legislación. Como señalamos, será su función determinar hasta donde llega el derecho a aplicar, limitándolo a un Código, a una ley o ampliándolo a varias fuentes. ¿Podría también descartar las normas de conflicto extranjeras? Claramente sí. Tienen esta facultad, puede considerar que el derecho extranjero está compuesto únicamente las normas domésticas, estableciendo el contenido con exclusión de las normas de DIPr foráneas. Enmarcada la legislación a aplicar, determinado su contenido, continúa con la obligación de interpretarlo como lo harían los jueces extranjeros a los que ese derecho corresponde. Si entre las normas se encuentran incluidas normas indirectas que remiten al derecho local, encontramos una facilidad: deberá aplicar su ley interna. Entonces podrá considerar y establecer que el derecho extranjero incluye y comprende a las normas de DIPr foráneas.

Ahora bien, cuando la norma de conflicto extranjera aplicable remite a un derecho distinto nos encontramos con dos soluciones: descartarla al momento de determinar el contenido de la legislación extranjera, con lo cual esta norma de conflicto deja de ser aplicable. Otra posibilidad está plasmada en la solución sobre el reenvío, podemos entender a la obligación únicamente en el primer grado, entonces en supuestos donde la norma nos remita a un tercer Estado, queda descartada. Veamos un ejemplo. Cuando el legislador decidió regular la capacidad de las personas humanas determinó como punto de conexión a ley del domicilio. Históricamente en nuestro país, y casi en todo el continente latinoamericano, prevaleció el criterio personal domiciliario frente a la nacionalidad por razones tanto políticas como económicas<sup>35</sup>. Entonces, en aquellos supuestos donde una

---

<sup>35</sup> El debate nacionalidad *versus* domicilio fue arduo en el proceso de codificación del DIPr en América Latina. La opción por uno u otro criterio no era pacífica porque era una decisión de índole política con efectos prácticos, sociales y políticos relevantes. Para los países de inmigración, como los del Río de la Plata y en especial, el caso de Argentina, regir las relaciones personales por el derecho de la nacionalidad de las personas, hubiera generado la aplicación del derecho extranjero en un número muy significativo de casos, debido a la alta proporción de población inmigrante en la región. La opción a favor del criterio domiciliario, permitía la aplicación del derecho del lugar, del país de acogida y permitía la consolidación de una soberanía aun muy endeble de Estados recientemente independizados, que daban sus primeros pasos en la comunidad internacional. Así fue como países como Argentina, Paraguay y Uruguay optaron

persona de nacionalidad francesa, pero con domicilio en España que desee celebrar un acto en nuestro país, en virtud del artículo 2616 que establece que la capacidad, se aplicará el derecho civil español, pero al acudir a la norma indirecta española, vemos que la ley de la nacionalidad es la conectada para regir este instituto y ello nos remitiría a un tercer Estado: el derecho francés. ¿Es justa esta solución? Ante el rechazo a la nacionalidad como criterio rector ¿Es válido aplicar la ley de la nacionalidad y no del domicilio por la norma indirecta extranjera? Esto fue lo que motivó a la doctrina a instaurar la crítica más dura al reenvío y, con aquel argumento de la funcionalidad visto, permite hoy cambiar el paradigma: ante la posibilidad de una injusticia el reenvío de segundo grado, y su falta de mención expresa, podría quedar descartado.

Pero a todo esto debemos sumarle una excepcional solución. Es tan importante como funcional, pues si queremos respetar al cien por ciento la internacionalidad y aun así escaparse de la aplicación de un derecho extranjero podemos acudir a ella para, cómodamente, caer bajo nuestra normativa y salir airosos. Establecido el contenido del derecho extranjero incluidas las normas de DIPr, remitiéndose a un tercer derecho designado por el punto de conexión foráneo, el juez puede considerar su no aplicación por ser manifiestamente poco conectado con la situación y sí con el derecho local, el mismo que le dio competencia. Es decir, mediante la cláusula de excepción, la autoridad judicial puede dejar de lado el derecho del Estado llamado por la norma de conflicto extranjera por aplicación de su propia norma indirecta por considerar que el derecho de ese tercer país está poco conectado con la relación jurídica.

En palabras simples, el juez argentino puede aplicar su propia legislación:

1. Cuando establecer y / o interpretar el derecho foráneo es imposible.
2. Cuando la norma de conflicto extranjera remite a su propia legislación (reenvío de primer grado).
3. Cuando, pese a corresponder aplicar un derecho extranjero por la norma de conflicto, el derecho local, de modo excepcional, se encuentra más vinculado. En este caso de todos modos, insistimos en que si correspondiese, en cambio, la aplicación del derecho argentino, pero el caso está más vinculado con un derecho extranjero, la manera correcta de proceder sería aplicar el ordenamiento foráneo.

Todo ello, sin perjuicio de los clásicos límites a la aplicación del derecho extranjero, que conducen a la aplicación del derecho del foro: el fraude a la ley, las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional, también regulados por el CCCN, en los artículos 2598, 2599, y 2600 respectivamente.

---

originariamente por el domicilio como criterio rector de la vida civil de las personas humanas, lo propio hizo Brasil desde 1942, y Venezuela, finalmente, en 1998.

#### IV. HACIA LA FLEXIBILIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ARGENTINO: ¿NUEVO PARADIGMA?

Es evidente que el Derecho Internacional Privado de nuestra época tiene algunas características que lo identifican, y que no pueden soslayarse.

En efecto, entre estos rasgos característicos del DIPr contemporáneo Fernández Arroyo alude al marcado protagonismo del conflicto de jurisdicciones sobre el conflicto de leyes, la preponderancia de normas materiales y el avance del *soft law*, la necesaria distinción que debe hacerse entre las normas de DIPr de fuente interna, de fuente convencional y consuetudinaria, la incorporación de valores en la reglamentación de las relaciones de tráfico externo<sup>36</sup>.

Dentro de esas características, parece imponerse en los últimos tiempos, la llamada “flexibilización del Derecho Internacional Privado”.

En efecto, en algunos casos, el legislador selecciona puntos de conexión con un elevado nivel de rigidez, pues al pretender minimizar la discrecionalidad judicial, provoca que la norma de conflicto tenga especial dificultad para adaptarse a la realidad del caso. Una forma de resolver este inconveniente es la inclusión de una cláusula de excepción, mediante la cual el legislador espera corregir la remisión a una ley que no cumple con el objetivo de la norma de conflicto, es decir, conduce a un “resultado injusto”<sup>37</sup>.

Este tipo de norma nos recuerda a la teoría de los vínculos más estrechos, o teoría de la proximidad que tuviera su punto de partida con el caso “Babcock v. Jackson” (New York Court of Appeals, 1963), donde resultaba ostensible la insuficiencia de la conexión *lex loci delicti* frente al domicilio común de actores y víctimas en un accidente de tránsito en el que la víctima había sido transportada gratuitamente.

Evidentemente, nuestro legislador ha procurado flexibilizar el sistema de conexiones rígidas. En efecto, los redactores del Anteproyecto señalaron: “se han preferido soluciones que sean a la vez sencillas y de cierta flexibilidad, a fin de favorecer el equilibrio entre la certeza y la necesidad de adaptación particular al caso, muchas veces rebelde a encuadramientos rígidos”. La norma que analizamos, a todas luces, es el mejor exponente de esta orientación de las disposiciones de Derecho Internacional Privado del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Volveremos sobre esta disposición más adelante.

---

<sup>36</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, D., “Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días”, en *Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt*, CEDEP / ASADIP, Asunción, 2010, pp. 77-80.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ LUNA, W. F., *La ley aplicable a los contratos internacionales en defecto de elección. El artículo 4 del Reglamento Roma I*, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento de Derecho Social e Internacional Privado, Getafe, 2002. Disponible en [http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf\\_martinez\\_luna\\_tesis.pdf?sequence=1](http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/15110/williamf_martinez_luna_tesis.pdf?sequence=1) (última visita 19.10.2017).



Como advierte, Menicocci, “esta norma es una verdadera revolución en el DIPr argentino: la posibilidad de que los jueces puedan marginar el derecho que declara aplicable la norma de colisión cuando el caso carece de relación con el derecho del estado cuya aplicación la norma indirecta reclama. Se intenta, de esta manera, abrir nuestro DIPr de conexiones rígidas hacia un sistema de DIPr flexible, con un considerable aumento de la discrecionalidad judicial... La disposición es, quizá, la más esperada por los académicos y la menos aplaudida por los profesionales. Y ello porque mientras una fina intuición puede advertir que la localización espacial designada en la norma indirecta es poco significativa frente a otros elementos que se presentan en el caso, no es de esperar igual reflexión y conclusión por parte de quienes no están familiarizados con el DIPr y no dudan en echar mano a la poca relevancia de la extranjería para aplicar derecho local”<sup>38</sup>.

Ahora bien, a esta altura debemos formular un interrogante. Tal como sintetiza Yves Lequette: ¿la cláusula de excepción en un mero instrumento de proximidad o es un vehículo de consideraciones materiales?<sup>39</sup> En suma, ¿la cláusula de excepción, con la excusa de buscar del derecho más estrechamente vinculado, esconde otra finalidad relacionada con otra característica del Derecho Internacional Privado actual, como es su “materialización”? Veamos.

## **V. ¿EL DIPR ARGENTINO EN BÚSQUEDA DE LA JUSTICIA MATERIAL?**

Pamboukis, dentro de las tendencias de un Derecho Internacional Privado complejo y plural, se refiere a su materialización. En las esclarecedoras palabras del jurista: “Le droit international privé n’est plus une science formelle, aristocratique, réfléchie depuis le haut, mais participe à la société-institution et tire des leçons aussi à partir du bas. C’est une phase de maturité sociale, celle qui s’ouvre devant nous. Le droit international privé localisateur devient de plus en plus un droit international privé régulateur par la force des choses”<sup>40</sup>.

Sin embargo, ¿la búsqueda de la justicia material debe guiar al juez a la hora de recurrir a la cláusula de excepción? La doctrina se encuentra repartida a la hora de responder este interrogante.

Paul Lagarde considera que esta válvula de escape debe obedecer solamente a consideraciones de proximidad, excluyendo cualquier tipo de consideración material. Siempre se trata de buscar “the better law”, la ley que presenta vínculos más estrechos.

---

<sup>38</sup> MENICOCCI, A. A., *Codificación de Derecho Internacional Privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Relato presentado al XXVIº Congreso de Derecho Internacional de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, San Miguel de Tucumán, 2014, p. 29. Disponible en <http://www.aadi.org.ar/index.php?acc=4> (última visita 19.10.2017).

<sup>39</sup> LEQUETTE, I., “Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?”, en *Recueil des cours*, tome 387, 2018, p. 257 y ss.

<sup>40</sup> PAMBOUKIS, C. P., “Droit international privé holistique: droit uniforme et droit international privé”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 330, 2008, p. 97 y ss.

Por el contrario, “placer le mécanisme de la clause d’exception dans la dépendance de la teneur matérielle des règles de conflit ou de la prise en compte des intérêts gouvernementaux, ce serait opérer un ‘véritable détournement’ du procédé”<sup>41</sup>.

Otros autores, como Bernard Audit, se preguntan sobre la “viabilidad” de la delimitación que realiza Lagarde entre proximidad y consideración material, ya que entiende que la primera difícilmente podrá considerarse de una manera puramente geográfica, ya que siempre será necesario considerar la significación de los vínculos con la situación de que se trate para su debida ponderación. Ante ello, concluye que el principio de proximidad que funda la cláusula de excepción, “peut constituer non seulement le moyen de corriger un rattachement inadéquat, mais aussi un véhicule pour la prise en considération du résultat au fond dans la solution du conflit de lois; en d’autres termes, de faire pénétrer la justice matérielle sous couvert de justice du droit international privé”<sup>42</sup>.

Por su parte, Georges Droz entiende que son deseables las consideraciones materiales cuando se aplica la cláusula de excepción, para quien ésta es “l’ultime remède, en cas d’iniquité flagrante, que provoquerait l’application de la règle de conflit ordinaire”<sup>43</sup>.

Asimismo, Fernández Rosas advierte que cuando se habla de la conexión más estrecha, de otra ley más vinculada, de la agrupación de contactos, no se hace referencia a una medición puramente cuantitativa de los elementos de conexión. Si unos valen más que otros, cabe preguntarse acerca de los condicionantes de la valoración. Y la respuesta debe apuntar de manera exclusiva hacia consideraciones de carácter material y no fruto de meras situaciones de oportunidad. En rigor, deben ser consideraciones de justicia y no de carácter coyuntural<sup>44</sup>.

Nuestro artículo 2597 CCCN no alude a tales consideraciones materiales. Sin embargo, entendemos que es muy difícil hacer abstracción de ellas, ante el caso concreto, máximo si su ponderación nos conduce al derecho argentino.

Por su parte, en el artículo 2639 CCCN encontramos una suerte de cláusula de excepción de carácter especial para la responsabilidad parental, en donde el legislador asumió una orientación material concreta: “Todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en

---

<sup>41</sup> LAGARDE, P., “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 196, 1986, p. 118 y 123.

<sup>42</sup> AUDIT, B., “Le droit international privé en quête d’universalité”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 305, 2003, p. 333-334.

<sup>43</sup> DROZ, G. A. L., “Regards sur le droit international privé compare”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 229, 1991, p. 39.

<sup>44</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, nº 9, 2000, pp. 7-32.

consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”.

Esta norma también podría haberse redactado como una regla indirecta materialmente orientada: se aplicará el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita la controversia, u otro que presente vínculos relevantes, el que sea más favorable al interés superior del niño.

En efecto, otra modalidad de flexibilización/materialización que encontramos en las disposiciones del CCCN es la incorporación de normas indirectas con conexiones múltiples, las más de las veces orientadas materialmente.

Efectivamente, los puntos de conexión únicos, al estilo savigniano, dejaron paso a las conexiones múltiples. Estas conexiones más realistas y flexibles pueden o no estar jerarquizadas. Es decir, el legislador puede brindar puntos de conexión alternativos, a opción del juez o bien de los justiciables, o bien puede jerarquizar los puntos de conexión, una suerte de cascada de conexiones sucesivas, de modo tal que operen una en defecto, en subsidio de otra, la que no se puede determinar por alguna circunstancia razonable.

A su turno, las conexiones alternativas pueden presentarse materialmente orientadas a la protección del interés superior del niño, del hijo, del alimentado, del consumidor, del damnificado, del trabajador, optando siempre el juez por la ley más favorable.

Encontramos, por ejemplo, el *favor filii* en los artículos 2632 y 2633 (filiación) y 2639 (responsabilidad parental) y el *favor alimentari* en el artículo 2630 CCCN (alimentos).

Finalmente, ya hemos mencionado que las consideraciones sustanciales también son tenidas en cuenta, para un sector importante de la doctrina, a la hora de poner en funcionamiento el reenvío.

Actualmente, a las excepciones clásicas y delimitadas al reenvío (cuando se aplica una ley en virtud de la autonomía de la voluntad, o del principio *locus regit actum*, o para evitar un círculo vicioso), que lo desecharan, se le suman todos aquellos supuestos (indeterminados) en los que conduce a soluciones injustas en el caso concreto.

Al decir de Lequette, “dépassant la seule question du renvoi, le débat se relie alors aux grandes interrogations qui agitent le droit international privé contemporain. Profondément renouvelé par l’émergence de nouveaux procédés – règles de conflit à coloration matérielle, clause d’exception, *professio juris*, ... – qui viennent infléchir ou altérer la méthode des règles de conflit bilatérales traditionnelles, cette discipline est confrontée à la question de savoir s’il y a encore place en son sein pour une véritable théorie générale ou si celle-ci est appelée à se dissoudre en une simple casuistique. En d’autres termes, que reste-t-il du paradigme conflictuel?”<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> LEQUETTE, I., “Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme?”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Volumen 387, 2018, p. 211.

## VI. PALABRAS FINALES

La búsqueda de la flexibilización logró impregnarse en muchas de las disposiciones que hacen al DIPr argentino. Tantas críticas fueron esbozadas ante la rigidez de la norma de conflicto que se llegó a un punto donde cada disposición se convierte en una excepción de la excepción. El contar con una norma como el art. 2597 CCCN, que fractura el esquema tradicional, nos obliga a seguir, para cada caso en concreto, un cuidadoso análisis, pues no debe considerarse al derecho llamado por la norma de conflicto como el aplicable de modo automático por contener en la parte general una solución que buscó poner en crisis esta frialdad irreflexiva.

El DIPr se encuentra en transición, pese a que contamos con una sistematización acotada a los aspectos civiles y comerciales –y no todos ellos– aún las soluciones se encuentran en pleno proceso de adaptación por parte de nuestros magistrados quienes tienen en su poder la descomunal tarea de buscar el equilibrio más justo. Cuando la técnica legislativa deja abierta a la ambigüedad de interpretaciones, en búsqueda de otorgar a los jueces una mayor flexibilidad, debe tenerse el cuidado de no pecar y caer en desbarajustes jurídicos que no solo retroceden, sino que afectan a la seguridad jurídica.

Con signo positivo, podemos decir que la trilogía de normas destinadas a regular el mecanismo de aplicación de un derecho extranjero fue receptada de un modo tal que funcionan a la perfección si nos posicionamos desde una mirada judicial. No hay dudas: con este modo de actuar existe una tendencia hacia una armonización que en la práctica puede conducir a una inclinación a la aplicación del derecho local. Sea porque el juez no puede “establecer” el contenido del derecho extranjero, sea porque el reenvío lo retorna a su derecho (reenvío de primer grado) o porque, el caso se encuentra excepcionalmente más vinculado con el derecho del foro, siempre estará abierta la puerta –o la ventana si se quiere- para que el magistrado pueda considerar que aquella legislación queda descartada y prevalece su propia normativa.

La rigidez del método conflictual mediante la determinación de una norma que busca la localización de la relación jurídica en abstracto no siempre respeta la realidad social y la totalidad de los casos que pueden plantearse, sobre todo en el mundo de hoy donde la globalización elevó la internacionalidad a niveles gigantescos y donde la configuración de las relaciones no respeta lo cotidiano.

Sin embargo, esto no significa que el método conflictual no sirva, sino que es necesario aceptar que tanto por su naturaleza abstracta y por estar lejos de la realidad social y de los objetivos y valores del derecho sustantivo en muchos casos se vuelve inadecuado. Nos referimos, entonces, a una “crisis del modelo savigniano”<sup>46</sup>. Ante ello, las incorporaciones de métodos tendientes a suavizar y adaptar las soluciones al caso en

---

<sup>46</sup> GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “La matérialisation des règles de droit international privé”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, The Hague Academy of International Law, Tomo 287, 2000, p. 215.

concreto responden positivamente a las realidades sociales, pero deben incorporarse con cuidado estos mecanismos para que no se desvirtúe la finalidad buscada.

En definitiva, este trinomio “aplicación – reenvío – excepción” nos aporta una funcionalidad pragmática y novedosa gracias a la flexibilidad que rompe con la rigidez de las normas indirectas contenidas en la parte especial. Lo debido es preguntarnos e indagar si la solución es la deseada, si el mecanismo es el más apto para respetar la internacionalidad y la justicia del caso.

Los magistrados tienen en su dominio dicha flexibilidad sobre las normas jurídicas que los puede convertir en amos y señores del DIPr argentino. Están facultados para determinar desde y hasta donde la legislación extranjera es y no es, tienen en su poder la funcionalidad del reenvío y cómo aplicarlo hasta llegar a la cláusula de excepción donde, si pese a todo es aplicable el derecho foráneo, puede buscar el modo de corregir y aplicar aquél ordenamiento jurídico más conectado. Entre ellos, la ley argentina se alza con grandes posibilidades.

En suma, para la interpretación y aplicación adecuadas de las técnicas de reglamentación más flexibles –y también más discrecionales–, incorporadas al orden jurídico argentino, será de toda necesidad una profunda capacitación de nuestros jueces para lograr una acabada y sistémica comprensión del Derecho Internacional Privado.