



Módulo 2: El funcionamiento del Derecho Internacional Privado

INTRODUCCIÓN AL MÓDULO

≡ Introducción

UNIDAD 4: MÉTODOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y SUS NORMAS

≡ Introducción a la unidad

≡ Métodos del derecho internacional privado

≡ Normas del derecho internacional privado

≡ Clasificación de las normas de conflicto

≡ Cierre de la unidad

UNIDAD 5: PROBLEMAS RELATIVOS AL FUNCIONAMIENTO DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

≡ Introducción a la unidad

≡ Aplicación, prueba e información del derecho extranjero

≡ Calificaciones

≡ Cuestión previa

≡ Reenvío

≡ Fraude a la ley







≡ Orden público internacional

≡ Adaptación





≡ Cuestiones de derecho transitorio

≡ Cierre de la unidad


UNIDAD 6: PERSONAS HUMANAS

-  [Introducción a la unidad](#)
-  [Personas humanas](#)
-  [Ley aplicable a la capacidad](#)
-  [Ley aplicable al nombre](#)
-  [Ausencia](#)
-  [Cierre de la unidad](#)

UNIDAD 7: MATRIMONIO Y ALIMENTOS

-  [Introducción a la unidad](#)
-  [Matrimonio y uniones convivenciales](#)
-  [Alimentos](#)
-  [Cierre de la unidad](#)

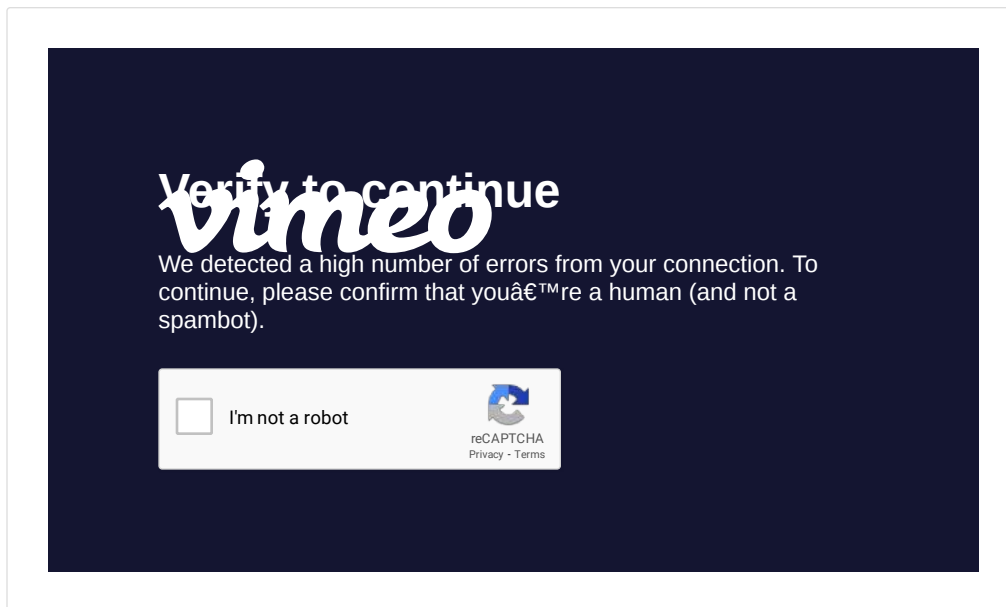
CIERRE DEL MÓDULO

-  [Descarga del contenido](#)

Introducción

Pluralismo metodológico y normas del DIPr

¿Cuáles son los métodos normativos que utiliza la disciplina del DIPr?



En este Módulo analizaremos los Métodos normativos del DIPr y los métodos de aplicación auxiliares del método indirecto: el método analítico-analógico y el sintético-judicial.

Estudiaremos los problemas que aparecen a raíz del funcionamiento de las normas indirectas o de conflicto (Método indirecto).

Teniendo en cuenta que históricamente estos problemas aparecieron por primera vez en la jurisprudencia relacionada con casos de derecho de familia, los relacionaremos con casos de estatuto personal y matrimonio.

Objetivos del módulo

- Ejercitarse en el análisis y solución de las situaciones privadas internacionales, especialmente en el sector del derecho aplicable.
- Comprender la importancia del pluralismo metodológico.
- Detectar las dificultades que presenta el funcionamiento de las normas de conflicto y reconocer sus problemas.

Contenidos del módulo

Unidad 4 – Métodos del derecho internacional privado y sus normas

1. Métodos del derecho internacional privado.

1.1 Método conflictualista (de elección o atribución).

1.2 Método indirecto, analítico-analógico y sintético judicial. Insuficiencia del método conflictual.

1.3 Método material o sustancialista o de creación.

1.4 Método exclusivista (de autolimitación).

1.5 Pluralismo metodológico.

1.6 Replanteo crítico de las tendencias metodológicas en el DIPr.

2. Normas del derecho internacional privado

2.1 Normas de conflicto (indirectas o de colisión).

2.2 Normas materiales y su diferencia con las normas directas.

2.3 Normas internacionalmente imperativas (de policía o de aplicación inmediata).

3. Clasificación de las normas de conflicto. Conexiones flexibles. Normas materialmente orientadas.

Unidad 5 – Problemas relativos al funcionamiento de las normas de derecho internacional privado

1. Aplicación, prueba e información del derecho extranjero.

1.1 Naturaleza del derecho extranjero. Teoría del uso jurídico. Aplicación de oficio y aplicación a pedido de parte. Prueba e información del derecho extranjero. Objeto de la prueba. Medios de prueba. Convenios sobre información de derecho extranjero. Omisión o insuficiencia de la prueba.

2. Calificaciones

Planteo del problema de las calificaciones en el DIPr. Teoría *lex civilis fori*. Teoría *lex civilis causae*. Teorías eclécticas. Teorías autárquicas. Normas del DIPr. argentino de fuente convencional e interna que encaran problemas de calificaciones.

3. Cuestión previa

Concepto de cuestión previa en DIPr. Diferencia con la cuestión conexa. Condiciones de existencia de la cuestión previa. Teorías de la jerarquización y la equivalencia. Regulación en el DIPr argentino.

4. Reenvío

4.1 Noción de reenvío.

4.2 Teoría de la referencia mínima y media.

4.3 Teoría de la referencia máxima (aceptación del reenvío): reenvío de primer grado, segundo grado y doble reenvío. Recepción de la teoría de referencia máxima en fuente interna.

5. Fraude a la ley

Elementos constitutivos del fraude a la ley en DIPr. Prueba de la intención fraudulenta. Efectos del fraude a la ley en el DIPr.

Normas de DIPr argentino que encaran el fraude a la ley.

6. Orden público internacional

Noción de orden público interno y de orden público internacional. El orden público internacional como conjunto de principios y como conjunto de disposiciones. Cláusulas de reserva. Normas internacionalmente imperativas y orden público internacional.

Cuestiones susceptibles de afectar el orden público internacional argentino. Contenido variable del orden público. Valoración actual. Efectos.

7. Adaptación

7.1 Necesidad de armonizar las distintas leyes que gobiernan la relación jurídica internacional.

7.2 Regulación en el DIPr argentino.

8. Cuestiones de derecho transitorio

Modificación de las normas de conflicto. Aplicación de las normas de derecho transitorio del derecho del juez. Modificación del derecho extranjero aplicable. Cristalización del derecho aplicable.

Modificación de los hechos subyacentes al punto de conexión. Conflicto móvil. Cambio de estatutos. Determinación temporal del punto de conexión.

Unidad 6 – Personas humanas

1. Personas humanas

Comienzo y fin de la existencia. Sistemas de la nacionalidad y del domicilio o residencia habitual.

2. Ley aplicable a la capacidad.

Capacidad de hecho y capacidad de derecho. Incapacidad. Cambio de estatutos: conflicto móvil por cambio de domicilio. Adquisición de la mayoría de edad. Irrevocabilidad de la capacidad adquirida.

3. Ley aplicable al nombre.

Reconocimiento del nombre atribuido en el extranjero. Cambios de nombre. Jurisdicción. Ley aplicable.

4. Ausencia.

Presunción de fallecimiento. Jurisdicción internacional y ley aplicable en cada supuesto.

Unidad 7 – Matrimonio y alimentos

1. Matrimonio y uniones convivenciales

1.1 Jurisdicción internacional.

1.2 Ley aplicable a la validez del matrimonio, capacidad, forma, prueba y existencia. No reconocimiento en la Argentina del matrimonio celebrado en el extranjero: impedimentos.

1.3 Efectos personales del matrimonio. Calificación. Ley aplicable. Alimentos entre cónyuges.

1.4 Régimen de bienes en el matrimonio. Autonomía de la voluntad. Ley aplicable a las convenciones matrimoniales y al régimen legal de bienes. Alteración del régimen de bienes.

1.5 Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio: Ley aplicable. Separación.

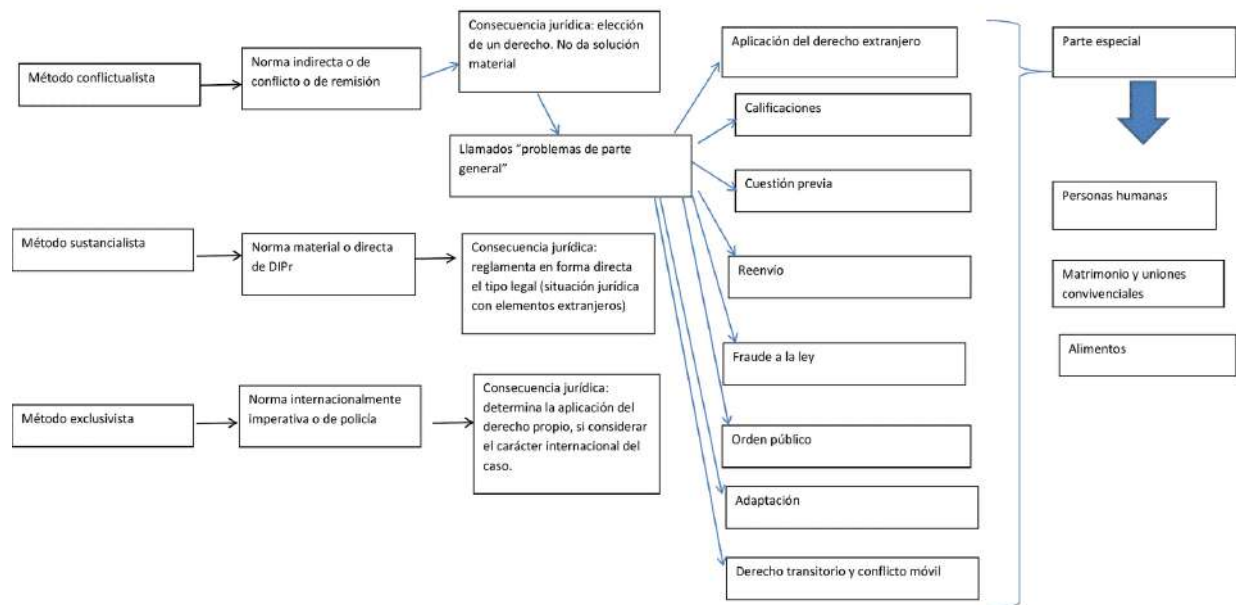
1.6 Unión convivencial: jurisdicción y ley aplicable.

2. Alimentos

Alimentos de menores. Alimentos entre cónyuges y excónyuges. Jurisdicción internacional. Ley aplicable. Protección del acreedor de alimentos.

Cooperación internacional en materia de cobro de alimentos en el extranjero.

Mapa conceptual del módulo



Introducción a la unidad



¿Cuáles son los métodos normativos que utiliza la disciplina del DIPr?

Objetivos de la unidad



Comprender la importancia del pluralismo metodológico.

Contenidos de la unidad

1

MÉTODOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1.1 Método conflictualista (de elección o atribución).

1.2 Método indirecto, analítico-analógico y sintético judicial. Insuficiencia del método conflictual.

1.3 Método material o sustancialista o de creación.

1.4 Método exclusivista (de autolimitación).

1.5 Pluralismo metodológico.

1.6 Replanteo crítico de las tendencias metodológicas en el DIPr.

2

NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2.1 Normas de conflicto (indirectas o de colisión).

2.2 Normas materiales y su diferencia con las normas directas.

2.3 Normas internacionalmente imperativas (de policía o de aplicación inmediata).

3

CLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO. CONEXIONES FLEXIBLES. NORMAS MATERIALMENTE ORIENTADAS.

Según las modernas tendencias metodológicas, el DIPr utiliza un pluralismo de métodos a fin de dar una solución justa y razonable al caso internacional. Los métodos son: conflictualista, que es propio de la materia; método sustancialista, que utiliza las estructuras directas de las normas de derecho privado; y método exclusivista, que determina la aplicación inmediata de las normas del foro.

Cada uno de estos métodos analiza la creación de las normas propias: norma indirecta o de conflicto, norma material y norma de policía.

Las normas indirectas se clasifican en simples y compuestas, y las normas indirectas compuestas se clasifican en alternativas, subsidiarias y acumulativas, según el funcionamiento de los puntos de conexión.

Comenzar la unidad

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

Métodos del derecho internacional privado

Método conflictualista (de elección o atribución). Método indirecto, analítico-analógico y sintético judicial. Insuficiencia del método conflictual. Método material o sustancialista o de creación. Método exclusivista (de autolimitación). Pluralismo metodológico. Remisión

Como se ha señalado en el Módulo I, durante mucho tiempo la disciplina del DIPr se ha centrado en el estudio de un único método, el método indirecto o conflictual. Sin embargo, la doctrina del DIPr ha evolucionado y desde hace varias décadas hay consenso en el sentido de que el objeto de estudio de la disciplina es el caso internacional de derecho privado y que la solución al caso de DIPr puede derivarse de un pluralismo de métodos.

A los fines de comprender las características de los métodos normativos nos remitimos a lo expresado en su oportunidad en el Módulo Introductorio y Módulo I y en el presente desarrollaremos los métodos auxiliares del prof. Gosldschmidt (analítico-analógico y sintético-judicial) y la clasificación de las normas indirectas teniendo en cuenta cantidad y relación de los puntos de conexión.

Método indirecto, analítico-analógico y sintético judicial. Insuficiencia del método conflictual

De acuerdo con el profesor Goldschmidt, el método indirecto, como método de formulación de normas, requiere métodos auxiliares para su aplicación. Estos métodos auxiliares son los métodos analítico-analógico y sintético-judicial.

El derecho internacional privado para determinar las categorías de las normas indirectas que regulan el tipo legal utiliza categorías propias del derecho privado (capacidad, forma, validez sustancial, efectos, etc.). Dichas categorías responden a las necesidades propias de los casos internos, por lo que su extrapolación al DIPr es a través de la analogía, con el fin de tener en cuenta las características propias de los casos internacionales.

Como consecuencia del método analítico se descompone la situación jurídica en sus distintos aspectos y somete cada uno de ellos al derecho que le es propio (por ejemplo: somete la "capacidad" de la persona humana a la ley del domicilio y la "validez sustancial" del contrato a la ley del lugar de cumplimiento).

Esta descomposición o fraccionamiento del derecho aplicable a los distintos aspectos del caso ocasionado por el método analítico-analógico requiere de la intervención del método sintético-judicial para asegurar una solución armoniosa del caso.

En la posición del profesor Goldschmidt el método sintético judicial es un método material, ya que el juez deberá armonizar las soluciones de los diferentes derechos aplicados a las distintas cuestiones del caso para arribar a una solución "justa y razonable" y evitar la inadaptación.

El profesor Boggiano plantea la necesidad de un "método de análisis", que se necesita en todo caso jusprivatista multinacional, pues siempre se presentará el problema de su calificación. Este método de análisis no se limita al tipo legal, sino que se extiende a los puntos de conexión y a los derechos extranjeros eventualmente conectados.

Normas del derecho internacional privado

Como consecuencia del pluralismo metodológico en la disciplina, el caso de DIPr puede ser regulado a través de varios tipos de normas; cada una de ellas responde a uno de los métodos del DIPr.

Las normas serán indirectas, materiales o de policía.

Normas de conflicto (indirectas o de colisión)

Las **normas indirectas** (reciben variadas denominaciones: normas de conflicto, de colisión, de remisión) son las normas propias de la disciplina que tienen como objetivo señalar el derecho aplicable a una situación jurídica internacional o multinacional.

Como toda norma consta de un tipo legal, que describe la situación jurídica que pretende regular y una consecuencia jurídica, que consiste en la regulación del tipo legal o situación jurídica descripta.

La norma indirecta en la consecuencia jurídica no da una solución material al tipo descripto, sino que se limita a designar el derecho que la va a regular.

Esta designación deriva del "punto de conexión", que es el medio técnico utilizado para establecer el criterio de designación y que, confrontado con los hechos del caso, determinará el derecho conectado con el caso.

A los fines de la clasificación de las normas indirectas vamos a tomar la que tiene en cuenta la cantidad de puntos de conexión y en caso de poseer más de un punto de conexión, como es la relación entre ellos.

Normas materiales y su diferencia con las normas directas

Las **normas materiales** son aquellas que en su tipo legal describen una situación de DIPr y en la consecuencia jurídica reglamenta en forma directa el tipo legal. Desde el punto de vista de su estructura es igual a la mayoría de las normas de derecho de fondo, que regulan los casos internos. Sin embargo se distinguen las normas materiales de DIPr porque en su tipo legal describe un caso multinacional.

Por ejemplo, el art. 2616 del CCCN en su primera parte dice: "La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio".

El tipo legal de la norma es: "La capacidad de la persona humana" y la consecuencia jurídica es "se rige por el derecho de su domicilio".

Como vemos, la consecuencia jurídica no da una solución material al tipo legal, ya que no establece las condiciones de capacidad de la persona, sino que señala como aplicable al caso el derecho del país del "domicilio". En esta norma "domicilio" es el punto de conexión (medio técnico) elegido y en consecuencia podemos afirmar que para el DIPr argentino de fuente interna la capacidad de una persona con domicilio en la Argentina se regirá por el derecho de fondo de nuestro país y que la capacidad de una persona con domicilio en Chile se regirá por derecho chileno.

La segunda parte de la norma dice: "El cambio de domicilio de la persona humana no afecta su capacidad, una vez que ha sido adquirida". Esta norma es una norma material de DIPr. El tipo legal describe un caso internacional: en el cambio de domicilio de un país a otro, la consecuencia jurídica es material: no afecta la capacidad adquirida antes del cambio de domicilio.

Normas internacionalmente imperativas (de policía o de aplicación inmediata)

Las **normas de policía** (o internacionalmente imperativas) son aquellas que ante una situación de DIPr establecen la aplicación inmediata de la ley del foro, sin considerar el carácter internacional del caso ni tener en consideración el derecho aplicable al caso en virtud de las normas indirectas. Son normas de carácter especial y se fundan en el interés del Estado en proteger determinadas instituciones jurídicas.

Clasificación de las normas de conflicto

A continuación vamos a analizar y clasificar las normas indirectas según la cantidad y relación de los puntos de conexión.

Analicemos la primera parte del art. 2616 del CCCN: "La capacidad de la persona humana se rige por el derecho de su domicilio".

El tipo legal de la norma es: "La capacidad de la persona humana" y la consecuencia jurídica es "se rige por el derecho de su domicilio".

Como vemos, la consecuencia jurídica no da una solución material al tipo legal, ya que no establece las condiciones de capacidad de la persona, sino que señala como aplicable al caso el derecho del país del "domicilio". En esta norma, "domicilio" es el punto de conexión (medio técnico) elegido y en consecuencia podemos afirmar que para el DIPr argentino de fuente interna la capacidad de una persona con domicilio en la Argentina se regirá por el derecho de fondo de nuestro país y que la capacidad de una persona con domicilio en Chile se regirá por el derecho chileno.

Como se advierte, la norma posee un solo punto de conexión, por lo que la clasificamos como norma indirecta "simple".

Si analizamos el art. 2630 del CCCN encontraremos varias normas en un solo artículo. Es frecuente encontrar en un artículo la regulación de dos o más tipos legales y ello determina la existencia de una pluralidad de normas en el mismo artículo.



La primera parte regula “El derecho de alimentos...”; la segunda parte rige “Los acuerdos alimentarios...” y la tercera y última, “El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes...”. Es decir que el art. 2630 contempla tres tipos legales y por lo tanto tres normas distintas y da a cada una de estas situaciones jurídicas soluciones indirectas diferentes.

Si analizamos la última parte del art. 2630 del CCCN: “El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo”.

El tipo legal es: “El derecho a alimentos entre cónyuges o convivientes” y la consecuencia jurídica es: “se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo”. Observamos que hay tres puntos de conexión: último domicilio conyugal, última convivencia efectiva o derecho aplicable a la disolución o nulidad del vínculo: en consecuencia, estamos frente a una norma indirecta compuesta o compleja.

La redacción de la norma, que utiliza la interjección “o”, implica que los puntos de conexión funcionan de manera alternativa. Es decir que se podrá aplicar para la reglamentación del tipo legal el derecho señalado por uno cualquiera de los puntos de conexión, los cuales se encuentran en pie de igualdad. En consecuencia la norma es indirecta compuesta alternativa.

El segundo párrafo del art. 2630 del CCCN dice: “Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o de la residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo. En su defecto, se aplica la ley que rige el derecho a alimentos”.

En el caso aparece como primer criterio la elección de las partes entre el del país del domicilio o residencia de cualquiera de ellas. Si no hubiere acuerdo, se aplicará la ley que rige el derecho a alimentos. En el caso la segunda conexión funciona como punto de conexión

subsidiario con relación a la elección de las partes. Esto surge de la expresión “en su defecto”. En consecuencia la norma es indirecta compuesta subsidiaria.

Las normas indirectas alternativas y subsidiarias siempre determinan la aplicación de un solo derecho privado, por lo que los puntos de conexión no funcionan acumulativamente. Sin embargo, en algunos casos el legislador desea establecer regulaciones más rígidas en algunos supuestos y en consecuencia formula normas con puntos de conexión que funcionan en forma acumulativa, es decir que determinan la aplicación de más de un derecho privado. Estas normas no son frecuentes; a modo de ejemplo, el art. 7 del Tratado de Navegación Comercial Internacional de Montevideo de 1940 establece: “Si el abordaje se produce en aguas no jurisdiccionales entre buques de distinta nacionalidad, cada buque estará obligado en los términos de la ley de su bandera, no pudiendo obtener más de lo que ella le concede”. De acuerdo a esta norma, a los derechos y obligaciones de cada buque se aplica la ley de su bandera, por lo tanto resultan aplicables dos derecho a la misma relación jurídica. En consecuencia, es una norma compuesta acumulativa.

Otro ejemplo de norma compuesta acumulativa es el art. 15 de la ley 11723 (Régimen legal de la propiedad intelectual): “La protección que la Ley argentina acuerda a los autores extranjeros, no se extenderá a un período mayor que el reconocido por las Leyes del país donde se hubiere publicado la obra. Si tales Leyes acuerdan una protección mayor, regirán los términos de la presente Ley”.

De acuerdo a esta norma el plazo de protección de la propiedad intelectual de autores extranjeros se rige por la ley de la publicación, sin embargo, si el plazo establecido por la ley extranjera es mayor al de la ley argentina, regirá el plazo del derecho argentino. Es decir que al plazo de protección se aplican ambos derechos, y el derecho argentino funciona como un tope al plazo establecido en el derecho extranjero.

Replanteo crítico

Conexiones flexibles

Luego de la Segunda Guerra Mundial, apareció en Estados Unidos de América una reacción contra el DIPr clásico y el método indirecto. Se planteó la necesidad de poner el acento en soluciones de tipo material a los casos internacionales, comienzan a surgir los conceptos de la conexión más estrecha o el vínculo más significativo y en consecuencia se aparta la doctrina de los criterios rígidos de determinación del derecho aplicable hacia la utilización de criterios o conexiones más flexibles.

El Código Civil y Comercial argentino ha receptado normativamente el criterio de conexiones flexibles o principio de proximidad en los arts. 2597 y 2653, como cláusula de escape o de excepción, a fin de evitar la aplicación del derecho señalado como aplicable por la norma de conflicto clásica.

El ámbito material de aplicación y los requisitos para su aplicación es diferente en estas normas.

La norma general que recepta la cláusula de escape o de excepción es el art. 2597 del CCCN: “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”. En este artículo es el juez el que podrá apartarse del derecho señalado por la norma indirecta si verifica en el caso concreto las circunstancias mencionadas por la norma.

Esta no establece criterios para que el juzgador pueda determinar cuáles son esas circunstancias que pueden tener lazos poco relevantes con un derecho y en cambio poseer vínculos muy estrechos con otro, por lo que quedará en cabeza del juez determinarlo, y deberá hacerlo a través de una decisión fundada.



Por su ubicación, dentro del Capítulo “Disposiciones generales”, el art. 2597 del CCCN resulta aplicable a todas las materias reguladas en el Título IV del Libro VI, Disposiciones de Derecho internacional privado.

Por su parte el art. 2653 del CCCN dice: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos”.

En este caso, el artículo se presenta como una norma especial que regula los contratos y, a diferencia del art. 2597 del CCCN, el juez solo podrá apartarse del derecho aplicable según la norma indirecta, a pedido de parte.

Cabe aclarar que ambas normas establecen que “esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el derecho para el caso”, es decir, que la cláusula de excepción no operará en los casos en que se ha ejercido la autonomía de la voluntad.

Normas materialmente orientadas

Como vimos en el módulo introductorio, la reacción frente al método conflictualista rígido aparece también a través de normas indirectas con conexiones rígidas, pero flexibilizadas a través de una orientación material en la determinación del derecho aplicable. En esa oportunidad analizamos el art. 2630 del CCCN.

La redacción de la norma implica que los puntos de conexión funcionan en principio de manera alternativa, por lo que la norma será clasificada como indirecta compuesta alternativa. Aunque en la parte final contiene una orientación orientada por el resultado material, en el sentido de elegir la aplicación de ley que resulte más favorable a los intereses del acreedor alimentario.

Otro ejemplo de norma indirecta materialmente orientada es el art. 2632 del CCCN: "El establecimiento y la impugnación de la filiación se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo.

El tipo legal es: "El establecimiento y la impugnación de la filiación..." y la consecuencia jurídica, "se rigen por el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo". Observamos que hay tres puntos de conexión: domicilio del hijo, domicilio del progenitor o presunto progenitor y lugar de celebración del matrimonio, que también funcionan como alternativos, pero la última parte indica que la selección debe hacerse a favor de las "soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo".

En esta última parte aparece la orientación material de la norma.

Cierre de la unidad



¿Cuáles son los métodos normativos que utiliza la disciplina del DIPr?

Utiliza tres métodos: uno que es el propio, el método conflictualista, y los métodos sustancialista y exclusivista.

Ejemplo de normas indirectas

A continuación, dejamos un documento con ejemplos de normas indirectas.



Ejemplos normas indirectas y su clasificacion.pdf
80.8 KB



Introducción a la unidad



¿Qué cuestiones puede traer aparejado el funcionamiento de las normas indirectas?

Objetivos de la unidad



Detectar las dificultades que presenta el funcionamiento de las normas de conflicto y reconocer sus problemas.

Contenidos de la unidad

1

APLICACIÓN, PRUEBA E INFORMACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

Naturaleza del derecho extranjero. Teoría del uso jurídico. Aplicación de oficio y aplicación a pedido de parte. Prueba e información del derecho extranjero. Objeto de la prueba. Medios de prueba. Convenios sobre información de derecho extranjero. Omisión o insuficiencia de la prueba.

2

CALIFICACIONES

Planteo del problema de las calificaciones en el DIPr. Teoría *lex civilis fori*. Teoría *lex civilis causae*. Teorías eclécticas. Teorías autárquicas. Normas del DIPr argentino de fuente convencional e interna que encaran problemas de calificaciones.

3

CUESTIÓN PREVIA

Concepto de cuestión previa en DIPr. Diferencia con la cuestión conexa. Condiciones de existencia de la cuestión previa. Teorías de la jerarquización y la equivalencia. Regulación en el DIPr argentino.

4

REENVÍO

Noción de reenvío. Teoría de la referencia mínima y media. Teoría de la referencia máxima (aceptación del reenvío): reenvío de primer grado, segundo grado y doble reenvío. Recepción de la teoría de referencia máxima en fuente interna.

5

FRAUDE A LA LEY

Elementos constitutivos del fraude a la ley en DIPr. Prueba de la intención fraudulenta. Efectos del fraude a la ley en el DIPr. **Normas de DIPr argentino que encaran el fraude a la ley.**

6

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Noción de orden público interno y de orden público internacional. El orden público internacional como conjunto de principios y como conjunto de disposiciones. Cláusulas de reserva. Normas internacionalmente imperativas y Orden público internacional.

Cuestiones susceptibles de afectar el orden público internacional argentino. Contenido variable del orden público. Valoración actual. Efectos.

7

ADAPTACIÓN

Necesidad de armonizar las distintas leyes que gobiernan la relación jurídica internacional. **Regulación en el DIPr argentino.**

8

CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

Modificación de las normas de conflicto. Aplicación de las normas de derecho transitorio del derecho del juez. Modificación del derecho extranjero aplicable. Cristalización del derecho aplicable.

Modificación de los hechos subyacentes al punto de conexión. Conflicto móvil. Cambio de estatutos. Determinación temporal del punto de conexión.

La determinación del derecho aplicable a un caso de DIPr puede traer soluciones que requieran correcciones para lograr una solución que armonice los derechos involucrados en el caso y el respecto del orden público internacional.

Las respuestas a estos problemas se han dado en gran medida en la jurisprudencia y han

contribuido a sistematizar el aspecto científico de la materia como una disciplina autónoma.

Las cuestiones que desarrollaremos en este capítulo son: aplicación del derecho extranjero; calificaciones; cuestión previa; reenvío; fraude a la ley; orden público internacional; adaptación y derecho transitorio.

Comenzar la unidad

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

Aplicación, prueba e información del derecho extranjero

En la concepción moderna del DIPr una consideración sistemática de sus “problemas” o cuestiones debe necesariamente incluir en primer lugar la cuestión de la jurisdicción internacional; en segundo lugar, el problema de la determinación del derecho aplicable y por último la consideración a la eficacia extraterritorial de las sentencias y el auxilio judicial internacional.

Sin embargo, para la doctrina clásica del DIPr los llamados “problemas de parte general” son el resultado de la sistematización de problemas que integrarían la “Parte general de DIPr” y que constituye un andamiaje estructural comprensivo de toda la disciplina.

Estos problemas se han analizado o detectado a partir de las dificultades que plantea el funcionamiento de las normas de conflicto en los casos multinacionales.

Se ha dicho que el método indirecto tiene dos falencias de fondo: una tiene que ver con su carácter más o menos mecánico o automático, que no tiene en cuenta las particularidades del caso concreto, y la otra hace referencia al hecho de que en virtud de dicho método se aplica una ley estatal concebida para supuestos homogéneos (casos en que todos sus elementos están vinculados a un solo ordenamiento) a casos conectados con diferentes países^[1] (multinacionales).

Los llamados “problemas” de la norma indirecta son: aplicación de derecho extranjero, calificaciones, cuestión previa, reenvío, fraude, orden público y adaptación. También aparece la consideración al problema de derecho transitorio en DIPr.

Aplicación, prueba e información del derecho extranjero

El derecho aplicable a un caso de DIPr, si no existe algún tratado que contenga normas materiales uniformes que resulten aplicables al caso, será determinado por la norma indirecta o de conflicto que en su tipo legal contemple la situación jurídica analizada.

La norma indirecta aplicable, a través del punto de conexión, señala el derecho privado estatal aplicable al caso, que puede ser el derecho del foro o la ley extranjera, según dónde se realicen los hechos subyacentes al punto de conexión.

Por ejemplo, desde el punto de vista del sistema de DIPr argentino de fuente interna, la capacidad de las personas humanas se rige por el derecho de su domicilio (art. 2616 del CCCN). En consecuencia, frente al caso concreto, si la persona de que se trata tiene su domicilio en la Argentina, se aplicará nuestro derecho, pero si la persona tiene su domicilio en Chile, se aplicará aquel ordenamiento, a fin de determinar si la persona es o no capaz.

En consecuencia, la norma le indica la aplicación de un derecho material (de fondo) extranjero, y al juez se le plantean los siguientes interrogantes:

☐

¿Está obligado a aplicar el derecho designado por la norma indirecta?

☐

¿De qué forma debe aplicar el derecho extranjero?

☐

¿Qué aspectos de la ley extranjera deben ser tenidos en cuenta?

Naturaleza del derecho extranjero. Teoría del uso jurídico. Aplicación de oficio y aplicación a pedido de parte

El problema se plantea respecto a su tratamiento procesal, lo que derivó en la discusión acerca de la naturaleza jurídica del derecho extranjero.

Históricamente varias corrientes han dado respuesta a este interrogante: la tradicional o clásica teoría del hecho; la teoría del hecho notorio; la teoría del Derecho; la teoría de la incorporación y la teoría de la recreación como variantes de la teoría llamada del Derecho propio y la teoría de los Derechos adquiridos.

a) La teoría del hecho

La **teoría del hecho** nace en los albores de la disciplina con la estatutaria italiana, que restringió el alcance del principio "iura novit curia" a los estatutos de la ciudad a que pertenece el magistrado actuante, y sostenía que eran las partes del juicio quienes debían alegar el derecho extranjero, así como el consuetudinario.

La teoría del hecho surge como una forma de solucionar algunas dificultades prácticas de la aplicación del derecho extranjero, que responden a la necesidad de su información y prueba, ya que al ser un hecho pasa a ser tratado procesalmente como cualquier otro hecho y por lo tanto la carga de su prueba recae sobre la parte interesada y no sobre el juez.

Las principales consecuencias procesales de considerar el derecho extranjero como un hecho son: que debe ser alegado y probado por las partes; que es renunciable; que no puede invocarse en segunda instancia y que los errores cometidos en su aplicación no son susceptibles de los recursos establecidos en el ordenamiento del foro contra errores de derecho.

Se ha cuestionado esta teoría ya que el derecho extranjero deviene imperativo en el país del juez a través de su propia norma indirecta. Dicha norma le reconoce su naturaleza de derecho a la ley material extranjera que designa como competente para regir la cuestión. Por ello, dejar librado a la actividad de las partes la aplicación o no del derecho extranjero designado por la norma transformaría al DIPr en un derecho facultativo y no obligatorio[2].

Por otro lado no debe confundirse la condición de que el derecho señalado es extranjero con su carácter de "derecho".

b) La teoría del derecho

La **teoría del derecho** tiene sus orígenes en la "Escuela Histórica Alemana", de la que son exponentes Savigny y Putcha, entre otros, que consideraban que el derecho extranjero es derecho. Esta concepción sentó las bases de las elaboraciones contemporáneas que sostienen la aplicación de oficio del derecho extranjero.

c) Esta concepción parte

Esta concepción parte de la idea de Savigny de que todos los derechos están en un pie de igualdad, entonces el que resulte aplicable en virtud de la norma indirecta deberá ser aplicado como derecho y por lo tanto la aplicación debe ser hecha de oficio por el juez.

En el DIPr argentino de fuente convencional, el principio de oficialidad fue adoptado en los Protocolos Adicionales de los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940; en ambos casos, en el art. 2, que establece que el juez debe aplicar de oficio el derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto pertinente. Cabe aclarar que los Congressistas de Montevideo no tomaron posición con relación a la naturaleza del derecho extranjero, pero sí respecto de su tratamiento procesal.

d) La teoría del "uso jurídico"

La **teoría del "uso jurídico"** fue desarrollada por el profesor Goldschmidt, quien sostiene que si bien el derecho extranjero es un hecho no es un simple hecho sino un "hecho notorio". El "hecho notorio" es concebido como "la sentencia que con el máximo grado asequible de probabilidad dictaría el juez extranjero"[3] en el supuesto de que el caso se hubiera sometido a su jurisdicción. Es decir que refiere a la probable sentencia que el juez extranjero dictaría si el caso se hubiera ventilado ante su jurisdicción (derecho extranjero y jurisdicción extranjera), y constituye una sentencia imaginaria, por lo que es un hecho irreal o ficticio. El juez que interviene (en el caso, un juez argentino) finge que el proceso se

hubiese incoado ante el juez extranjero y por medio de hechos reales (leyes, sentencias, usos y costumbres, etc.) construye la probable sentencia (ficticia) que hubiera dictado el juez extranjero en el caso concreto[4].

El profesor Goldschmidt dice que "(L)la teoría del uso jurídico determina la manera de ser del Derecho en función de la justicia...".[5] Ese sentido de justicia se traduce en el respeto del elemento extranjero del caso y consiste en que si se declara aplicable a un caso un derecho extranjero hay que darle el mismo tratamiento de fondo que le daría el juez del país cuyo derecho resulte aplicable.

Considera que el derecho extranjero es un "hecho notorio" sobre el que todo el mundo puede informarse de un modo auténtico.[6]

Como consecuencia de la adopción de esta teoría del uso jurídico y de la concepción del derecho extranjero como hecho notorio, surge la obligación de juez de aplicar el derecho extranjero aunque las partes no lo hubieran alegado o, habiéndolo hecho, no lo hubieran probado y que, ante un cuestionamiento en segunda o posterior instancia, el tribunal de alzada debe tenerlo en consideración como si fuera derecho propio.[6]

Este enfoque ha sido adoptado en la Convención Interamericana sobre Normas Generales, suscripta en Montevideo en 1979, en el marco de la CIDIP II (Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado), que en su art. 2 establece el deber de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían las jueces del país cuyo derecho resulte aplicable y es admitida por los representantes de la doctrina procesalista actual.

e) La teoría de los derechos adquiridos —

La teoría de los derechos adquiridos surge con la doctrina angloamericana, que sostiene que el juez no aplica derecho extranjero, sino que simplemente se limita a respetar los derechos debidamente adquiridos bajo la vigencia de este. Distinguen entre derecho extranjero "objetivo", que son las normas jurídicas extranjeras, y el derecho extranjero "subjetivo", que son los derechos que las personas adquieren en virtud de dichas normas y que es lo que deben respetar.[8]

f) La teoría del derecho propio —

La **teoría del derecho propio** se funda en que el derecho extranjero es imperativo en el Estado del juez como consecuencia de la propia norma indirecta del juez. La norma indirecta es entendida como una norma en blanco, que debe ser completada por el derecho material extranjero señalado como aplicable. En consecuencia al completar la norma en blanco el derecho extranjero pasa a ser derecho propio del juez.[9]

Prueba e información del derecho extranjero. Objeto de la prueba. Medios de prueba. Convenios sobre información de derecho extranjero. Omisión o insuficiencia de la prueba

[1] Fernandez Arroyo, pp.269

[2] Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Curso de Derecho Internacional Privado, T I, Parte General, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 227.

[3] Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia, Depalma, Octava edición, Buenos Aires 1992, parágrafo 377, pp. 504.

[4] Goldschmidt, Werner, "El derecho extranjero en el proceso (Los tres enfoques argentinos)", E.D. T. 115, pp.802/04.

[5] Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia, Depalma, Octava edición, Buenos Aires 1992, parágrafo 142.

[6] Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la tolerancia, Depalma, Octava edición, Buenos Aires 1992, parágrafo 377; 384.

[7] Goldschmidt, Werner, "Derecho extranjero en la Alzada", ED T 90, pp. 225-227.

[8] Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Curso de Derecho Internacional Privado, T I, Parte General, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p.229.

[9] Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Curso de Derecho Internacional Privado, T I, Parte General, ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2001, p. 231.

Calificaciones

Planteo del problema de las calificaciones en el DIPr

El problema de las calificaciones aparece cuando el juez debe resolver un caso de DIPr y al buscar la norma indirecta aplicable encuentra que debe previamente determinar en qué categoría jurídica debe encuadrar el caso.

En algunos casos el problema puede surgir respecto de los términos que utiliza la norma y en otras ocasiones puede ser necesario determinar si el caso presentado ante el juez pertenece a una u otra categoría.

Para ello es necesario hacer una interpretación extensiva de las categorías que establecen las normas de DIPr.

El problema es determinar cuál es el ordenamiento jurídico que debe utilizar el juez para realizar esa interpretación.

La respuesta a la cuestión se ha dado a través de diferentes teorías.

Las primeras que surgieron cronológicamente utilizaban los criterios que ofrece el derecho privado del juez (Teoría lex civilis fori) o el derecho privado que regula la causa (Teoría lex civil causae). Estas teorías son llamadas Teorías analógicas porque utilizan los conceptos derivados de derecho privado material (creado para regular casos homogéneos, vinculados a un solo ordenamiento jurídico) para interpretar las normas indirectas creadas para regular un caso heterogéneo.

TEORÍA LEX CIVILIS CAUSAE	TEORÍAS ECLÉCTICAS	TEORÍAS AUTÁRQUICAS
Esta teoría sostiene que el análisis de calificaciones debe hacerse conforme al sistema jurídico material llamado para resolver la cuestión. El fundamento es que ese sistema está en mejores condiciones de definir los términos y alcances de lo dispuesto en el tipo legal de la norma. La principal crítica a esta teoría es que importa un problema lógico. ¿Cómo puedo determinar la ley material que regula la relación jurídica si todavía no se ha podido determinar la categoría a la que pertenece el caso y por lo tanto ubicar la norma indirecta respectiva?		
TEORÍA LEX CIVILIS CAUSAE	TEORÍAS ECLÉCTICAS	TEORÍAS AUTÁRQUICAS
Entre las teorías eclécticas aparece la que sostiene que los puntos de conexión de las normas deben calificarse por lex civil fori y que, una vez ubicado el punto de conexión, el tipo legal se calificará por lex civilis causae.		
TEORÍA LEX CIVILIS CAUSAE	TEORÍAS ECLÉCTICAS	TEORÍAS AUTÁRQUICAS
Las teorías autárquicas sostienen que el DIPr es una disciplina autónoma e independiente y que por ello las calificaciones de las situaciones jurídicas objeto de esta disciplina deben hacerse con base en categorías autónomas propias del DIPr.		

En consecuencia, se ha sostenido que esa calificación debe hacerse teniendo en cuenta todos los órdenes jurídicos extranjeros, no solo el foral o el causae, sino que todos deben compararse y establecer el alcance de las categorías del derecho internacional privado en las normas internas de DIPr.

Boggiano toma la teoría comparatista pero propone que no es necesario comparar todos los derechos del mundo, sino que basta con comparar los ordenamientos jurídicos vinculados con el caso de DIPr y desarrollar una calificación autónoma para el caso con base en el análisis comparado de los derechos vinculados.

- Normas del DIPr. argentino de fuente convencional e interna que encaran problemas de calificaciones.
- El DIPr argentino no tiene normas que solucionen con un criterio general el problema de las calificaciones.
- El Código Civil y Comercial de la Nación contiene calificaciones autárquicas de domicilio y residencia habitual de la persona humana (2613), domicilio de personas incapaces (2615), tutela e instituciones similares (2640) y calificación de inmuebles (2663).
- En fuente convencional encontramos normas que regulan el problema de las calificaciones en las distintas materias reguladas por los tratados.

POR EJEMPLO:

Tratado de derecho civil internacional. Montevideo 1889 (5-9, 26, 32, 34 y 37); Tratado de derecho civil internacional. Montevideo 1940 (3, 5, 7-11, 32, 36, 38 y 42); Tratado de derecho comercial internacional. Montevideo, 1889 (1 y 2); Tratado de derecho comercial terrestre internacional. Montevideo 1940 (1, 2 y 3); Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles. Montevideo, 8 de mayo de 1979. CIDIP II (2.2); Convención interamericana sobre restitución internacional de menores. Montevideo, 15 de julio de 1989. CIDIP IV (2, 3 y 4).

Cuestión previa

Concepto de cuestión previa en DIPr. Diferencia con la cuestión conexa. Condiciones de existencia de la cuestión previa

El problema de la cuestión previa aparece cuando el juez debe resolver un caso que involucra más de una categoría jurídica.

Los casos más frecuentes aparecen en la sucesión como cuestión principal, en que se cuestiona la vocación hereditaria del cónyuge (nulidad de matrimonio) o de un hijo (nulidad de la adopción), planteo que debe resolverse necesariamente en forma previa y que condiciona el resultado de la cuestión principal.

El problema de cuestión previa implica que ambas cuestiones involucran casos heterogéneos (casos multinacionales) y que estas cuestiones son autónomas, es decir que podrían plantearse judicialmente en forma separada, pero aparecen en el caso concatenadas de manera que una es condicionante de la otra y que por lo tanto no puede resolver la cuestión principal (que es la que motivó el juicio) sin resolver previamente la condicionante.

Teorías de la jerarquización y la equivalencia. Regulación en el DIPr argentino

El juez con jurisdicción internacional para entender en la cuestión principal (sucesión) aplica al caso el derecho señalado por la norma indirecta que regula esta categoría jurídica.

☐

¿Qué derecho debe aplicar a la cuestión previa (validez de la adopción o del matrimonio)?

☐

¿Resolverá la cuestión aplicando la norma de conflicto de su propio sistema jurídico (teoría de la equivalencia) o conforme a la norma de conflicto del sistema jurídico del Estado cuya ley rige la cuestión principal (teoría de la jerarquización)?

La mayoría de la doctrina sostiene que debe aplicarse la **teoría de la equivalencia** y por lo tanto el juez deberá aplicar a la cuestión previa el derecho señalado por la norma de conflicto de su sistema de DIPr. El juez aplicará a la sucesión la norma indirecta del sistema de DIPr del foro que regula esta categoría jurídica (por ejemplo, último domicilio del causante) y a la cuestión previa, validez del matrimonio, aplicará la norma indirecta del sistema jurídico del foro que regule esta otra categoría (por ejemplo, lugar de celebración).

La **teoría de la jerarquización** sostiene que el derecho que rige la cuestión previa depende del derecho aplicable a la cuestión principal.

Quienes se inclinan por esta teoría fundan su postura en que someter ambas cuestiones al mismo derecho material evita el problema de la inadaptación. Sin embargo, si sometemos la cuestión previa al derecho material indicado por el sistema de DIPr del país cuyo derecho de fondo rige la cuestión principal podría resultar aplicable a la cuestión previa un derecho que no armonice con la ley que regula la cuestión principal.

Si resolvemos el problema de cuestión previa según esta teoría, si el juez aplicara a la sucesión (cuestión principal) el derecho francés señalado por la norma indirecta del foro, deberá aplicar a la cuestión previa el derecho de fondo señalado por el sistema de DIPr francés (por ser el ordenamiento señalado para la cuestión principal).

El sistema de DIPr argentino no ha regulado en fuente interna el problema de la cuestión previa. El art. 2595 inc. c, que regula el problema de la adaptación, establece la obligación del juez de armonizar los distintos derechos aplicables a las diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, pero no establece la teoría que debe adoptar el juez a fin de establecer esos derechos con relación a la cuestión previa.

Por otra parte, en fuente convencional la Convención sobre normas generales de DIPr (DIDIP II Montevideo 1989) en el art. 8 establece: "Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última".

Durante el debate previo a la redacción del tratado, la delegación argentina propuso la adopción de la teoría de la equivalencia (*lex formalis fori* o *lex indirecta fori*), sin embargo no obtuvo los votos necesarios y por lo tanto que quedó plasmada la propuesta que había hecho Venezuela, a pesar de que no proponía una solución concreta. La norma aprobada no toma postura clara a favor o en contra de una teoría.

En consecuencia, será el juez frente al caso concreto quien decidirá en definitiva qué derecho resultará aplicable a la cuestión previa de DIPr sometida a su jurisdicción.

Reenvío

Noción de reenvío

Si el juez debe aplicar a un caso multinacional un derecho extranjero, por la remisión que hace la norma indirecta contenida en su sistema jurídico, ¿esa remisión a la ley extranjera está hecha a la totalidad del ordenamiento como una unidad (Referencia máxima) o solo al derecho material extranjero, excluyendo las normas indirectas (Referencia mínima)?

Si la referencia se entiende hecha a todo el ordenamiento extranjero puede darse el reenvío; en cambio, si la referencia es solo al derecho material, no puede darse el reenvío.

Las normas indirectas no indican si la remisión se hace a todo o a una parte de la ley aplicable, por lo que esa indicación o decisión debe ser tomada por las normas del sistema jurídico involucrado o por el juez en el caso concreto.

¿Cuándo hay reenvío?

En un caso internacional el juez argentino (internacionalmente competente) debe resolver sobre la capacidad de una persona de nacionalidad argentina que tiene domicilio en España.

El art. 2616 del CCCN (norma de DIPr del fuero) determina la aplicación de la ley del domicilio de la persona, y en consecuencia habrá que aplicar derecho español.

Ahora bien, si se entiende que la norma refiere al derecho español en su totalidad, el juez deberá considerar la regla de DIPr español que regula la capacidad de la persona.

El art. 9.1 del Código Civil español somete la capacidad a la ley de la nacionalidad: en consecuencia, el DIPr español reenvía al derecho argentino.

¿Qué derecho deberá aplicar el juez entonces en un caso en que las normas de ambos ordenamientos remiten a un derecho extranjero que no acepta ser aplicado?

He aquí el problema del reenvío, que surge cuando la remisión al derecho extranjero aplicable se entiende referida a la totalidad de la ley extranjera, incluyendo las normas de DIPr del ordenamiento extranjero y, además, los puntos de conexión de las norma de los sistemas de DIPr de los derechos involucrados son diferentes entre sí.

Si el caso del ejemplo se planteara respecto de una persona de nacionalidad argentina y con domicilio en Venezuela el juez argentino deberá aplicar el derecho venezolano, porque allí se encuentra el domicilio. Al consultar la ley de DIPr de Venezuela, el art. 16 establece que la capacidad se rige por la ley del domicilio. En consecuencia, el juez aplicará al caso el derecho venezolano.

Si bien se prevé la aplicación del derecho extranjero en su totalidad, al encontrar que el punto de conexión de ambos ordenamientos es el mismo, no se produce un reenvío, sino que el DIPr del juez envía al derecho del domicilio (Venezuela), y este acepta ser aplicado al caso, por lo que no habría reenvío en un sentido técnico.

Teoría de la referencia mínima y media

Teoría de la referencia mínima

La teoría de la referencia mínima, denominada también teoría negatoria del reenvío, sostiene que la remisión al derecho extranjero debe entenderse hecha al derecho material extranjero con exclusión de sus normas de conflicto. De esta manera se respeta el derecho del foro.

Teoría de la referencia media

La teoría de la referencia media, o del desistimiento, plantea que la remisión al derecho extranjero en una primera etapa se hará al DIPr extranjero, pero si el derecho extranjero reenvía al derecho del foro, este desistirá de aplicar la norma indirecta extranjera y aplicará el derecho material extranjero. La crítica a esta teoría se centra en que en realidad es una solución de compromiso.

Teoría de la referencia máxima (aceptación del reenvío): reenvío de primer grado, segundo grado y doble reenvío. Recepción de la teoría de

referencia máxima en fuente interna



Quienes sostienen la teoría de la referencia máxima argumentan que el derecho extranjero declarado aplicable es un todo indivisible y que si se separa el derecho material del derecho conflictual el ordenamiento jurídico es imperfecto y genera soluciones injustas. También sostienen que la norma indirecta señala como aplicable el derecho extranjero; si ese derecho se declara incompetente el juez no está obligado a aplicar una ley que no se declara competente.

Sin embargo, el resultado negativo o indeseable de esta teoría es que puede llevar a un ping pong infinito (crítica de la raqueta de tenis internacional) entre la aplicación de la ley del domicilio y la ley de la nacionalidad, sin llegar a una solución al caso.

Por ello es necesario establecer un límite razonable a ese ping pong o reenvío infinito, a fin de coordinar las soluciones, y en ciertas ocasiones es necesario respetar la norma indirecta extranjera a fin de asegurar la eficacia extraterritorial de las sentencias.

La posición que el ordenamiento jurídico adopta frente al reenvío en muchos casos está resuelto a través de una norma general establecida por el legislador ex ante que le indica al juez la solución al problema del reenvío.

En otros ordenamientos no hay norma que regule el reenvío y por lo tanto la coordinación de los ordenamientos quedará sujeto al arbitrio del juez en cada caso concreto.

El DIPr argentino de fuente interna regula el reenvío en el art. 2596 del CCCN: "Cuando un derecho extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el derecho internacional privado de ese país. Si el derecho extranjero aplicable reenvía al derecho

argentino resultan aplicables las normas del derecho interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el derecho de un determinado país, se entiende elegido el derecho interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

- La primera parte de la norma recepta la teoría de la referencia máxima, a través de la aplicación de las normas de DIPr del derecho extranjero declarado aplicable.
- La segunda frase establece el reenvío de primer grado, en virtud del cual si el derecho extranjero designado como aplicable por la norma indirecta argentina reenvía a nuestro derecho, deberá aplicarse el derecho de fondo argentino.
- En algunos casos el DIPr extranjero puede hacer un reenvío a un tercer derecho. Por ejemplo, si el juez argentino debiera determinar la capacidad de una persona con domicilio en España de nacionalidad italiana. Como el DIPr italiano también señala como aplicable a la capacidad el derecho de la nacionalidad, igual que el DIPr español, el juez argentino aplicará el derecho italiano. En este caso habrá un reenvío de segundo grado.

La norma del Código argentino no prevé expresamente este caso, pero tampoco está excluido y es consecuente con la adopción por parte del DIPr argentino de la teoría de la referencia máxima.

Tampoco prevé el DIPr argentino el doble reenvío. Este se verifica cuando la norma prevé que ante el reenvío del DIPr extranjero realizado a la ley del juez, por aplicación de las normas de DIPr del foro, vuelve a reenviar al derecho extranjero, pero en esta ocasión la referencia se hace a su ley material.

Fraude a la ley

Elementos constitutivos del fraude a la ley en DIPr. Prueba de la intención fraudulenta. Efectos del fraude a la ley en el DIPr

Las normas indirectas determinan el derecho aplicable a la situación descrita en el tipo legal, que puede ser el derecho del juez o un derecho extranjero. Esta determinación resulta de dónde se verifique el hecho subyacente al punto de conexión.

El fraude a la ley se produce cuando el punto de conexión es modificado o alterado de manera artificiosa, con el fin de evitar la aplicación del derecho aplicable al caso y conseguir la aplicación de un derecho distinto.

Esta manipulación del punto de conexión se da a través de la modificación del hecho subyacente al mismo, y solo puede ocurrir cuando esos hechos dependen de la voluntad de la persona.

Ejemplos de conexión voluntaria son el domicilio y el lugar de celebración.

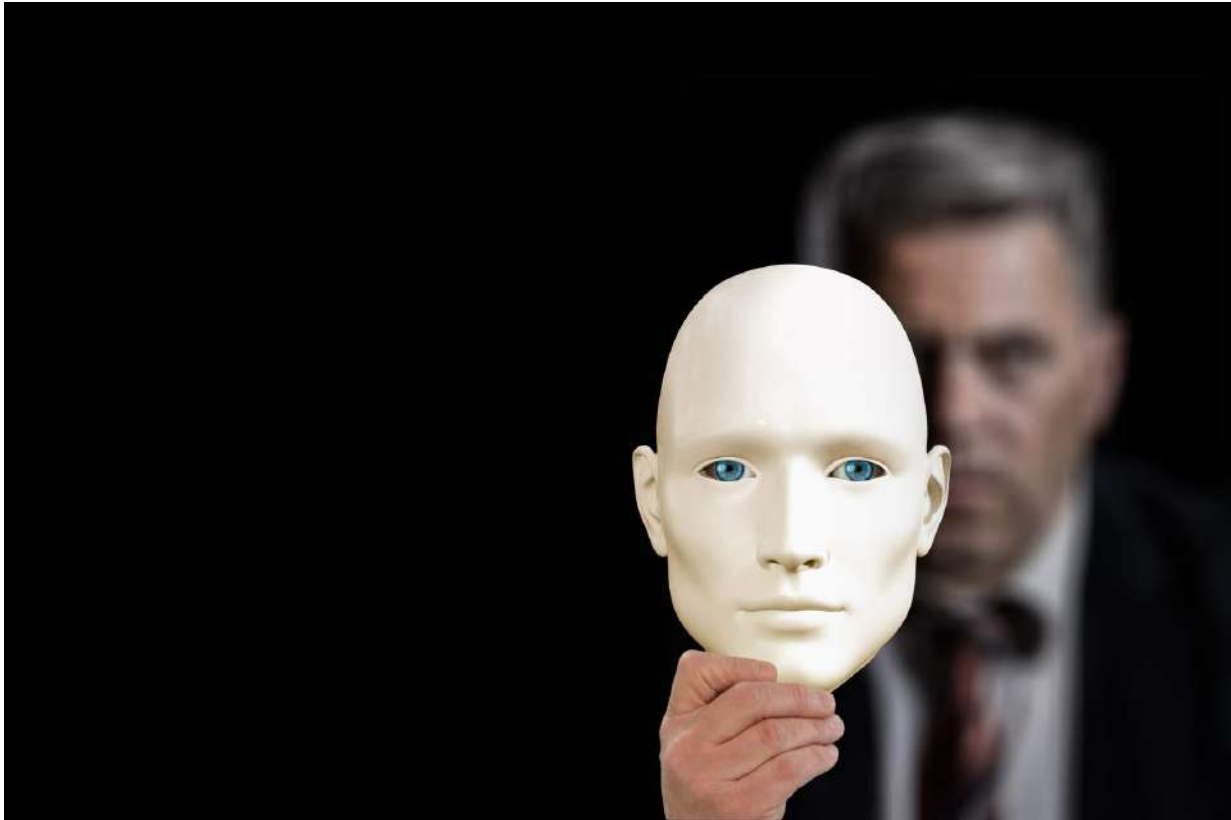
El punto de conexión que describen las normas de conflicto son en un sentido real y espontáneo, no aparente.

Para el profesor Boggiano el fraude a la ley solo aparece en los casos en que las partes no están facultadas para ejercer la autonomía de la voluntad, y por lo tanto no pueden elegir el derecho aplicable a este.

El fraude a la ley se da cuando las partes manipulan el punto de conexión para que se aplique un derecho distinto del que correspondería frente a la situación real o sincera que describe el punto de conexión y no la situación aparente que crean las partes y en el marco de materias en que no está autorizada la autonomía de la voluntad.

La sanción del fraude a la ley es la aplicación del derecho que se intentó evadir y debe ser aplicada en cada caso concreto.

Los elementos constitutivos del fraude son: elemento subjetivo, que se refiere a la intención de evadir el derecho, y objetivo, que es la efectiva evasión del derecho de un país y la aplicación de otro.



El elemento subjetivo del fraude a la ley es difícil de probar, ya que alude a la intención de las partes. Esta intención se manifiesta, casi siempre, únicamente en la psiquis de la persona y generalmente no hay manifestaciones externas, por lo que en la jurisprudencia este elemento se ha considerado probado a través de indicios, especialmente por la contracción temporal y la expansión espacial. Es decir que la intención puede reflejarse en el cambio en muy corto tiempo de un país al otro de los hechos subyacentes al punto de conexión.

Normas de DIPr. argentino que encaran el fraude a la ley

En el DIPr argentino de fuente convencional, el fraude a la ley ha sido regulado en el art. 6 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales, suscripta en Montevideo en 1979, en el marco de la CIDIP II: "No se aplicará como derecho extranjero, el derecho de un Estado Parte, cuando artificiosamente se hayan evadido los principios fundamentales de la ley de otro Estado Parte. Quedará a juicio de las autoridades competentes del Estado receptor el determinar la intención fraudulenta de las partes interesadas".

La norma hace mención al elemento subjetivo y deja librado a la autoridad competente la determinación de la intención fraudulenta. Por otro lado, establece como sanción la no aplicación del derecho señalado por el punto de conexión aparente.

El Código Civil y Comercial regula el fraude en el art. 2598: "Para la determinación del derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del derecho designado por las normas de conflicto".

Establece una solución similar a la norma de la convención, tomando el elemento subjetivo y dejando al arbitrio de la autoridad de aplicación su determinación en cada caso concreto.

El inciso f del art. 2651 del CCCN, que regula la autonomía de la voluntad en materia contractual, es una norma que regula el fraude a la ley extranjera al negar efectos a los contratos realizados con el fin de evadir la aplicación de normas internacionalmente imperativas (de policía) extranjeras.



Por su parte, el art. 124 de la Ley general de sociedades es una norma de policía que regula el fraude a la ley argentina basada en consideraciones objetivas: "La sociedad constituida en el extranjero que tenga su sede en la República o su principal objeto esté destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de funcionamiento".

La norma no hace referencia a la intención fraudulenta, sino que establece dos criterios objetivos, de manera que si se da al menos uno de ellos, se considera que la sociedad constituida en el extranjero se realizó con intención de evadir la aplicación de la ley argentina y, por lo tanto, la sociedad será considerada sociedad argentina y deberá cumplir con los requisitos de nuestra ley para su constitución, reforma y contralor de funcionamiento.

Orden público internacional

Noción de orden público interno y de orden público internacional



El orden público interno es el conjunto de principios y disposiciones de carácter imperativo que no pueden dejarse de lado por autonomía de la voluntad de las partes en un caso interno (caso homogéneo, vinculado con un solo ordenamiento jurídico).

En cambio el orden público internacional es el conjunto de principios que actúa como una excepción o cláusula de reserva frente a la aplicación del derecho extranjero o a la autonomía de la voluntad, cuando se conculca esos principios fundamentales pertenecientes a un sistema jurídico nacional. El orden público internacional es "nacional", ya que surge como resultado de la existencia de instituciones jurídicas sancionadas en un Estado y la reserva de orden público tiene la finalidad de resguardar los valores jurídicos del foro.

El orden público internacional como conjunto de principios y como conjunto de disposiciones. Cláusulas de reserva

Desde mediados del siglo XX el orden público es enfocado desde dos puntos de vista muy definidos: la doctrina germana, que lo considera un remedio excepcional y como cláusula de reserva, que debe ser evaluada en forma judicial, y la doctrina latina, que le atribuye competencia normal, en cabeza de Mancini se amplía

extraordinariamente la noción de orden público y está integrado por las leyes de orden público, la moral y buenas costumbres, los derechos inherentes a la persona, las libertades fundamentales y el orden económico.

En el sistema de DIPr argentino el orden público internacional es considerado el conjunto de principios que “es el impedimento legal a la aplicación del derecho extranjero cuando este resulta lesivo al espíritu de la legislación foral”[1]. En consecuencia, si el juez argentino debe aplicar un derecho extranjero cuyas normas contravengan la regulación material de fondo, tanto normas dispositivas como imperativas, pero que no conculque los principios fundamentales subyacentes a esas normas, deberá igualmente aplicar ese derecho extranjero.

Por ejemplo, las normas de derecho privado que regulan la prescripción liberatoria en nuestro derecho son normas imperativas o de orden público “interno”: ello implica que no pueden reducirse o ampliarse los plazos de prescripción liberatoria en un caso interno.

La prescripción liberatoria surge como una institución necesaria para liberar al deudor de las obligaciones incumplidas frente a la inactividad del acreedor, con la finalidad de que el deudor en algún momento, establecido por la ley, quede libre de esa carga.

Podríamos afirmar que el instituto de la prescripción liberatoria en nuestro sistema jurídico es un principio fundamental y por ello considerar que es de orden público internacional.

Lo vemos en el siguiente ejemplo: Si se presenta ante un juez argentino, la cuestión de la prescripción de una obligación derivada de un contrato internacional, debería aplicar el derecho que determinan las normas indirectas de DIPr contenidas en los arts. 2671 y 2652 del CCCN, y en consecuencia, aplicar la ley del lugar de cumplimiento del contrato.

Si de acuerdo a los hechos del caso el cumplimiento estuviera en el extranjero, deberá aplicar el derecho extranjero.

- ¿Podría aplicar un derecho extranjero que no previera la prescripción liberatoria?
- ¿Podría aplicar un derecho extranjero que fijara plazos de prescripción liberatoria más largos?

Sin ninguna duda, debe darse una respuesta negativa al primer interrogante. Ello es así por cuanto el derecho extranjero no prevé en absoluto la institución de la prescripción liberatoria, y puede considerarse que contraría principios fundamentales de nuestro derecho.

Respecto de la segunda pregunta, en la medida que la diferencia en el plazo de prescripción no implique la negación del instituto, deberíamos respetar la norma indirecta argentina y aplicar el derecho extranjero declarado aplicable.

Como vemos en el ejemplo, la doctrina que trata a la excepción del orden público internacional, como cláusula de reserva, generalmente tiende a apreciarla en el momento en que el juez debe dictar sentencia. “La apreciación del orden público a posteriori muestra al instituto como un conjunto de principios establecidos en defensa de la política legislativa foral, que se encuentra en estado subyacente y surgen como freno al derecho extranjero que puede distorcionarlos”. [2]

En cambio, el sistema latino, tiende a instituir una clasificación, indicando las leyes que son de orden público, hacen la apreciación de este impedimento *a priori* y determinan desde el inicio cuándo una situación jurídica o una ley extranjera viola las disposiciones rígidas del derecho del juez.

Normas internacionalmente imperativas y Orden público internacional

Las normas internacionalmente imperativas (normas de policía) son normas contenidas en la legislación interna, de reglamentación directa, destinadas a regular un caso de derecho privado con elementos extranjeros, pero al que se aplica en forma inmediata porque considera que tiene un contacto relevante con el derecho del foro. Al ser normas de aplicación inmediata, su consideración siempre es a priori y realizada por el legislador nacional.

En cambio el orden público internacional como conjunto de principios es una barrera a la aplicación del derecho extranjero. No se construye de manera formal, sino que debe ser analizado por el juez en la etapa de aplicación del derecho extranjero, y en caso de verificar que aquel ordenamiento contraría los principios de orden público del foro, no lo aplicará al caso.

Cuestiones susceptibles de afectar el orden público internacional argentino. Contenido variable del orden público. Valoración actual. Efectos

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta el orden público internacional como cláusula de reserva a través de una fórmula inspirada en el art. 14 inc. 2 del Código Civil derogado.

El art. 2600 del CCCN establece: "Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino".

En consecuencia, su análisis debe ser realizado por el juez a posteriori.



El orden público internacional como conjunto de principios implica una mayor flexibilidad a su contenido, porque su análisis debe hacerse en el momento que el juez resuelve el caso de DIPr, por ello se habla de su "actualidad" respecto del análisis del caso y también de su contenido variable en el tiempo.

Si hacemos un análisis histórico del derecho matrimonial argentino podemos apreciar su variabilidad. Hasta el año 1987, con la sanción de la ley 23515, el matrimonio celebrado en la Argentina era indisoluble. La ley permitía la separación personal y de bienes, pero los cónyuges separados no recuperaban la aptitud

nupcial. El principio subyacente a estas normas era sin duda la consideración del matrimonio como una institución fundamental de nuestro ordenamiento jurídico y la unidad de la familia monógama, que reflejaba fuertemente la influencia de la Iglesia católica en nuestro país.

A partir de 1987 ese principio fundamental cedió frente a otro, el de la libertad de la persona, y con la sanción de la ley 23515 del principio de indisolubilidad del matrimonio argentino se tomó al principio de la disolubilidad del matrimonio argentino, pero también la disolución de los matrimonios extranjeros a pesar de que el derecho extranjero aplicable no autorizara dicha disolución, por considerar que la indisolubilidad era contraria a los “nuevos” principios de orden público argentino.

En 2010 el orden público matrimonial volvió a cambiar con la adopción de la ley 26618, conocida como Ley de matrimonio igualitario, que en su art. 2 estableció: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

Además de los principios de orden público en la materia matrimonial, el segundo párrafo del art. 2622 del CCCN tiene una norma de policía: “No se reconocerá ningún matrimonio celebrado en un país extranjero si mediaren algunos de los impedimentos previstos en los arts. 575, segundo párrafo y 403, incs. a), b), c), d) y e)”.

Los impedimentos que menciona la norma se aplican en forma inmediata en jurisdicción argentina. También rigen si los contrayentes tienen su domicilio en el extranjero o son extranjeros, aunque el matrimonio estuviera más significativamente conectado con cualquier otro derecho extranjero.

El reconocimiento de filiación por reproducción asistida integra el orden público y en la adopción se debe atender como principio fundamental el interés superior del niño.

El orden público internacional también funciona como un obstáculo a la autonomía de la voluntad en los contratos internacionales (art. 2651 inc. del CCCN).

El impedimento de orden público también aparece como un impedimento para el reconocimiento de una sentencia extranjera y en el auxilio judicial internacional (art. 2612 del CCCN).

[1] Pardo pp. 330

[2] Pardo pp 332

Adaptación

Necesidad de armonizar las distintas leyes que gobiernan la relación jurídica internacional

La teoría de la adaptación en derecho internacional privado surgió como resultado de la preocupación creciente en la doctrina internacionalista de dar una solución justa a los casos con elementos extranjeros.

Recordemos que el método indirecto se basa en la justicia de la elección del derecho aplicable, a través del punto de conexión de la norma de conflicto. Esto implica que el legislador hace una valoración respecto de cuál es el derecho que debe regir una situación jurídica determinada y hace una remisión a ella a través del punto de conexión.

Como consecuencia de la construcción analítica de las normas de DIPr una determinada relación jurídica se divide en categorías técnicas: capacidad, régimen sucesorio, régimen patrimonial del matrimonio, etc.

Cuando estas categorías deben sujetarse a ordenamientos jurídicos diferentes, se rompe con la unidad y coordinación que tienen los sistemas nacionales, que están pensados para regir relaciones jurídicas homogéneas. Esta pluralidad de leyes aplicables puede llevar a una “acumulación” de normas que pretendan regir un mismo aspecto de la relación o a una “carencia” de normas, porque ninguno de los ordenamientos se considera competente para regularlo, provocando una laguna normativa.

En los casos en que nos encontramos con una acumulación de normas, pueden surgir incongruencias lógicas o desarmonía de las soluciones que dan las diversas normas.

En cambio, en el caso de carencia de normas, estamos frente a un vacío jurídico que es necesario llenar.

Ninguno de estos casos puede ser previsto a priori por el legislador al dictar las normas jurídicas, es una tarea que solo puede realizar el juez, ante el caso concreto, transformando o adaptando las normas materiales a cada caso en particular.

Debe quedar claro que es un problema que se presenta al resolver el caso particular en virtud del o los derechos materiales o de fondo aplicables a este. Es decir, una vez que aplicamos la o las normas indirectas o de conflicto y encontramos que hay más de un derecho material aplicable a la cuestión.

En los casos en que se produce la desarmonía de las soluciones materiales es necesario el recurso de la “adaptación”.

Weintraub describe el proceso de la adaptación: “Es la modelación de una regla, a fin de permitir la adecuación de criterios, de otra forma, irreconciliables”.

Quintín Alfonsín agrupa los casos en que se presente el problema o la necesidad de recurrir a la adaptación en cuatro tipos:

1

Las categorías de DIPr producen el desmembramiento de relaciones que están vinculadas necesariamente (por ejemplo: se rige la capacidad por un derecho y la protección del incapaz por un ordenamiento distinto).

2

Los aspectos de una determinada relación se vinculan a través de hechos contingentes (por ejemplo cuando una relación es condición jurídica de otra: adopción-sucesión).

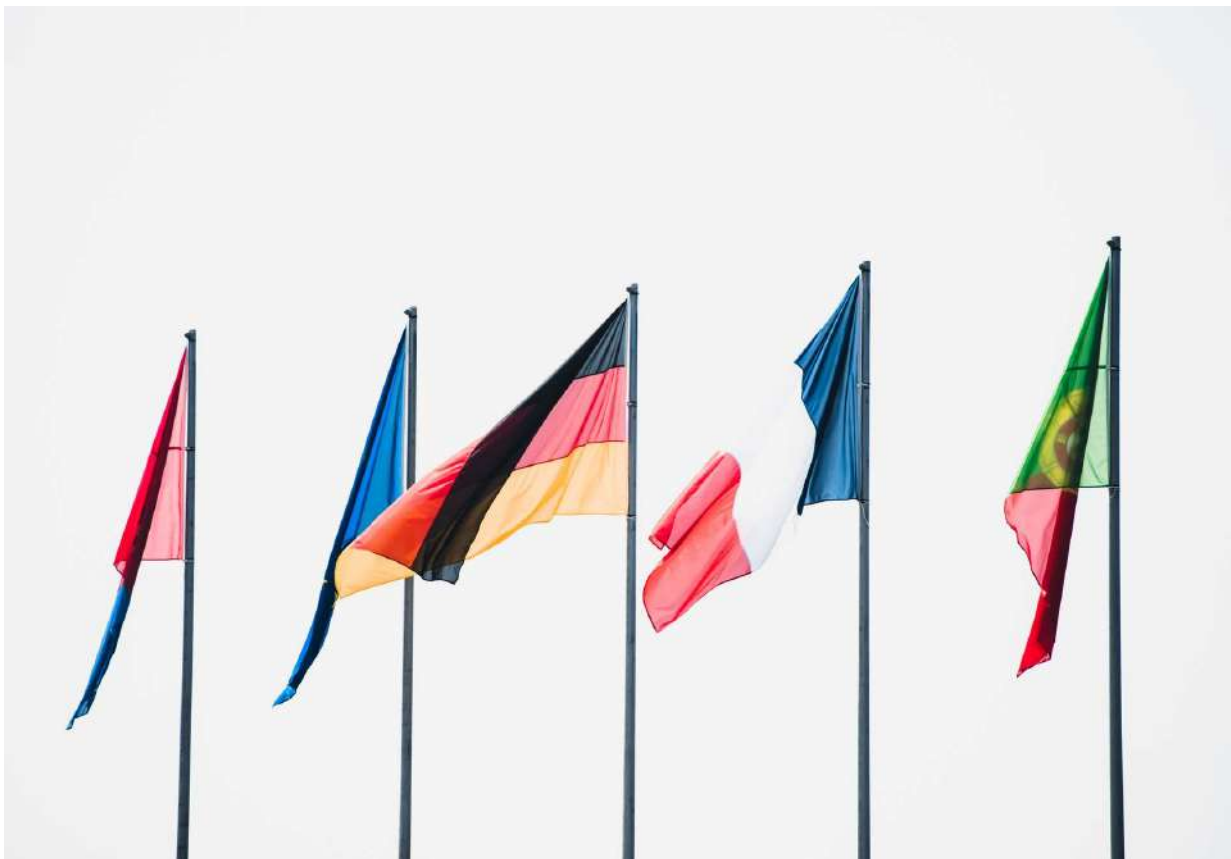
3

Cuando es necesario proveer al juez de un instrumento que le permita cumplir el respeto al caso con elementos extranjeros, acercándolo a la idea básica de la *Foreign Court Theory*. El recurso de la adaptación se utiliza para mitigar los efectos de institutos que figuran como excepciones a la aplicación del derecho extranjero. Por ejemplo el orden público internacional: el juez, a falta de normas expresas, antes de recurrir a la *lex fori*, puede buscar una norma del ordenamiento extranjero que se adapte al caso y sustituya aquella incompatible con los principios del derecho propio.

4

Cuando están en juego instituciones extranjeras que no están reguladas en el derecho del juez. Por ejemplo: muerte civil, trust. El trust es una figura desconocida en nuestro ordenamiento, pero no viola principios de orden público internacional argentino. Se presenta una falta de coincidencia plena de caracteres, efectos o consecuencias con otras instituciones similares del derecho del foro. El juez puede adaptar dichos caracteres.

Regulación en el DIPr argentino



El recurso de la adaptación ha sido previsto por primera vez en Latinoamérica en el art. 9 de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de derecho internacional privado (CIDIP II). Este tratado integra el DIPr argentino de fuente internacional. La norma establece el criterio de aplicación armónica de las leyes aplicables, para superar la contradicción lógica y el criterio de justicia y equidad cuando de la aplicación de las normas nacionales resulta una solución inadecuada.

El DIPr de fuente interna regula la adaptación en el art. 2595, inc. c): "c. Si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos".

Como remedio a la desarmonía de las normas de fondo aplicables, es necesario adaptar las normas para respetar las finalidades perseguidas por los derechos aplicables al caso.

Cuestiones de derecho transitorio

Modificación de las normas de conflicto. Aplicación de las normas de derecho transitorio del derecho del juez. Modificación del derecho extranjero aplicable. Cristalización del derecho aplicable

La cuestión de derecho transitorio en DIPr se produce por el cambio del derecho que regula la situación jurídica internacional.

Este cambio puede ocurrir porque se modifica el derecho material aplicable según la norma de conflicto, por la entrada en vigencia de un tratado que regula la situación jurídica por el método indirecto y que sustituyen en el ámbito espacial del caso las normas indirectas del foro o por la entrada en vigencia de un tratado con normas materiales uniformes que regulan el caso.

Cuando el problema se plantea con relación a la aplicación de un tratado internacional respecto de un determinado caso, el problema se relaciona con lo que Goldschmidt denomina el ámbito temporal pasivo del tratado y que analizamos en el módulo Introductorio y Módulo I.

El art. 2595 inc. b) del CCCN regula el problema de la modificación del derecho de fondo (material) indicado por la norma indirecta (del sistema de DIPr de juez de fuente internacional o interna).

El art.2595 inc. b CCCN establece: "b. si existen varios sistemas jurídicos covigentes con competencia territorial o personal, o se suceden diferentes ordenamientos legales, el derecho aplicable se determina por las reglas en vigor dentro del Estado al que ese derecho pertenece y, en defecto de tales reglas, por el sistema jurídico en disputa que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica de que se trate;..."

Esta norma en realidad regula dos problemas diferentes: uno es el de derecho transitorio, y el otro es la remisión de la norma indirecta a un ordenamiento jurídico plurilegislativo (en algunos países, por su estructura federal o por la coexistencia de regulación del estatuto personal, pueden tener más de un ordenamiento jurídico vigente).

La solución que da la norma es la misma en ambos casos: el juez debe resolver la cuestión de acuerdo al mismo derecho señalado por la norma de conflicto.

Si el derecho extranjero aplicable no contiene normas específicas deberá aplicar el derecho que presente los vínculos más estrechos con la relación jurídica.

Modificación de los hechos subyacentes al punto de conexión. Conflicto móvil. Cambio de estatutos. Determinación temporal del punto de conexión

El conflicto móvil aparece en el DIPr en los casos de cambio de estatuto personal por modificación de los hechos subyacentes al punto de conexión, cambio de nacionalidad y cambio de domicilio.

Los puntos de conexión instantáneos o continuados no producen conflictos móviles. Son puntos de conexión instantáneos el lugar de celebración o lugar de otorgamiento, por ejemplo. Son puntos de conexión continuados la "situación de un inmueble" o la "situación de muebles de situación permanente; en estos casos solo un cambio de soberanía podría afectar esta permanencia.

El interrogante que se presenta ante el cambio de los hechos subyacentes al punto de conexión "personal" es: ¿cuál es el "tiempo crítico" del punto de conexión en la norma de conflicto?

El legislador puede establecer criterios a través de normas indirectas especiales con puntos de conexión temporalmente localizados. Por ejemplo respecto al nombre de la persona el art. 2618 del CCCN establece que "el derecho aplicable al nombre es el del domicilio de la persona de quien se trata, al tiempo de su imposición. Su cambio se rige por el derecho del domicilio de la persona al momento de requerirlo". Otro ejemplo es el art. 2669 del CCCN respecto de los muebles con situación permanente.

Si la norma no tiene un criterio de localización temporal será el juez quien deberá determinar el momento crítico en cada caso concreto.

Cierre de la unidad



¿Qué cuestiones puede traer aparejado el funcionamiento de las normas indirectas?

La determinación del derecho aplicable a un caso de DIPr puede traer soluciones que requieran correcciones para lograr una solución que armonice los derechos involucrados en el caso y el respecto del orden público internacional.

Normas generales

Lea el siguiente artículo: Fermé, Eduarod Leopoldo, "**Derecho internacional privado - Convención interamericana sobre normas generales**", Enciclopedia Jurídica Omeba, Apéndice V, 1987, pp. 209/217.

El profesor describe cómo en el ámbito interamericano han sido regulados algunas cuestiones de la Parte general del DIPr.

[VER MATERIAL](#)

Introducción a la unidad



¿Qué ley rige el estatuto personal en el DIPr argentino?

Objetivos de la unidad



Ejercitarse en el análisis y solución de las situaciones privadas internacionales en los tres sectores del DIPr: jurisdicción internacional, derecho aplicable y cooperación jurisdiccional internacional.

Contenidos de la unidad

1

Personas humanas

2

Ley aplicable a la capacidad

3

Ley aplicable al nombre

4

Ausencia

El sistema argentino ha optado por regir el estatuto personal por el derecho del domicilio de la persona.

La determinación del derecho aplicable a la “persona humana” desde la perspectiva del DIPr tiene fundamental trascendencia debido a que la normativa

En nuestro sistema de DIPr el criterio del “domicilio” es sumamente trascendente ya que es el punto de conexión utilizado para determinar el derecho aplicable a la mayoría de las relaciones referidas con la vida civil de las personas, y adquiere especial trascendencia para el DIPr, ya que determinará el derecho aplicable a la existencia y fin de la persona, la capacidad, el nombre, la ausencia y la presunción de fallecimiento.

designada regulará cuestiones de la mayor importancia
para el ser humano.

Comenzar la unidad

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

Personas humanas

La determinación del derecho aplicable a la "persona humana" desde la perspectiva del DIPr tiene fundamental trascendencia debido a que la normativa designada regulará cuestiones de la mayor importancia para el ser humano.

Dentro del ámbito del estatuto personal encontramos las situaciones y relaciones más importantes para la vida del hombre, y es en este ámbito donde se encuentran el reconocimiento y la protección de los derechos personalísimos, así como de la capacidad de la persona no solo como sujeto de derecho, sino su facultad de ejercer y exigir la protección de estos.

La legislación argentina tomó el criterio de "domicilio" como punto de conexión para regular el estatuto personal en el Código de Vélez, y el criterio no ha sido modificado por el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código actual introdujo calificaciones autárquicas de "domicilio" y ello facilita la aplicación e interpretación de las normas de DIPr que utilizan ese punto de conexión. También recepta la conexión "residencia habitual" como criterio subsidiario, que se asimila al domicilio de hecho y ubica a la persona en su medio real. La conexión de la "residencia habitual" aparece cada vez con más frecuencia en los ordenamientos jurídicos, no solo respecto de las cuestiones relativas a los menores de edad, sino también con relación a la persona humana en general.

Existencia de las personas humanas. Comienzo y fin de la existencia. Sistemas de la nacionalidad y del domicilio o residencia habitual

La regulación de la Persona humana en el DIPr ha estado vinculada desde hace muchos años con la adopción por parte de los distintos ordenamientos jurídicos del criterio del "domicilio" o de la "nacionalidad" como punto de conexión determinante de las cuestiones relativas al estatuto personal.

La legislación argentina desde su origen adoptó el criterio de "domicilio" como punto de conexión principal en la materia.

En nuestro sistema de DIPr el criterio del "domicilio" es sumamente trascendente ya que es el punto de conexión utilizado para determinar el derecho aplicable a la mayoría de las relaciones referidas con la vida civil de las personas, y adquiere especial trascendencia para el DIPr, ya que determinará el derecho aplicable a la existencia y fin de la persona, la capacidad, el nombre, la ausencia y la presunción de fallecimiento.

Domicilio



El domicilio es el punto de conexión relevante en materia de estatuto personal. Este criterio solo reconoce dos excepciones, el art. 2641, que refiere a las Medidas urgentes de protección de menores, mayores incapaces o con capacidad restringida o sus bienes, y el art. 2645, referido a la forma del testamento otorgado en el extranjero, ya que en ambas normas se utiliza como punto de conexión alternativo la nacionalidad del afectado por la medida (2641) y del testador (2645).

Los artículos 2613, 2614 y 2615 del CCCN realizan calificaciones autárquicas del punto de conexión "domicilio" utilizado en las normas de DIPr argentino.

El artículo 2613 del CCCN califica los conceptos de "domicilio" de la persona humana, "residencia habitual" y "simple residencia" a los fines del Derecho Internacional Privado.

En el inciso a) del art. 2613 define "domicilio" como lugar de residencia con la intención de establecerse en él.

La norma toma los dos aspectos del "domicilio", el corpus o aspecto objetivo referido a la residencia en un lugar determinado, y el animus o aspecto subjetivo, referido a la intención de permanecer en él.

El inciso b) de art. 2613 califica "residencia habitual", "en el Estado en que vive y establece vínculo durables por un tiempo prolongado", haciendo referencia a la situación de hecho, pero no requiere la intención de establecerse en ese lugar.

La última parte del art. 2613 del CCCN establece la unidad del domicilio que conlleva a la unidad del derecho aplicable a las materias que se encuentran subordinadas a él.

En caso de que no se pudiera determinar el domicilio se utilizan subsidiariamente los criterios de residencia habitual y simple residencia.

Ámbitos de la ley del domicilio

El derecho del domicilio entonces rige la personalidad en general, y en consecuencia determina el momento exacto en que comienza la personalidad y la situación de la persona por nacer, y rige también el nombre de la persona y la conmorienencia.[1]

El derecho del domicilio determinará el instante en que comienza la existencia de la persona (concepción, nacimiento, viabilidad), que es trascendente en cuanto a los derechos que pueda adquirir el concebido no nacido o el fallecido apenas nacido.[2]

También la extinción de la personalidad se rige por el derecho del domicilio al tiempo del fallecimiento; dicha ley determinará el momento preciso del fallecimiento.

Es el criterio relevante a los fines del derecho sucesorio en casos en que sea necesario determinar la conmorienencia[3] o premoriencia entre parientes con vocación hereditaria entre sí. Pero no hay que confundir el derecho aplicable al fin de la existencia de la persona humana con el derecho aplicable a los efectos del fallecimiento respecto de los bienes (sucesión, por ejemplo).

Domicilio de los menores

El art. 2614 establece que el domicilio de los menores de edad se encuentra en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental.

Esta disposición se aplica a los casos en que, siendo el ejercicio plural, quienes la ejercen tengan domicilio en el mismo país. En caso que el domicilio de los padres se encuentre en distintos países, el domicilio de los menores se encontrará en el Estado de su residencia habitual.

Esta disposición se enmarca en la tendencia de la regulación más actual en la protección del niño o adolescente y no en el ejercicio de la “patria potestad” como ocurría con la regulación del Código de Vélez.

La segunda parte del artículo, con buen criterio, no reconoce efectos de constitución de nuevo domicilio de los menores en el país donde permanecen sustraídos, cuando fueran trasladados o retenidos ilegítimamente.

Esta disposición armoniza con las Convenciones que regulan la restitución de menores de los que nuestro país es parte: Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (La Haya 1980), Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (CIDIP IV Montevideo 1989) y el tratado bilateral que nos vincula con Uruguay Convenio sobre protección de menores (Montevideo 1981).



La residencia habitual de los menores ha sido calificada en la jurisprudencia argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "residencia habitual" se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores...".[4]

En un sentido similar la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires consideró que el concepto de "residencia habitual" "otorga particular énfasis a la situación de hecho y concreta del menor, en sustitución del concepto de "domicilio", de mayor rigor formal en su caracterización".[5]

Domicilio de personas mayores que requieren protección jurídica

-
- El art. 2415, bajo el título "Domicilio de otras personas incapaces", regula el domicilio de "las personas sujetas a curatela u otros instituto equivalente de protección", que abarca un universo más amplio que el caso de los incapaces.
 - El art. 2615 regula otras personas que requieren protección, fuera del caso de las personas menores de edad.

La transformación en la consideración de la protección de los adultos en los últimos años requiere una "revisión del modo tradicional de identificar al sujeto protagonista de la protección y del alcance de la propia categoría jurídica: no puede hablarse ya con propiedad de la protección de incapaces, sino que es preferible hablar de la protección de adultos".[6]

Por ello el art. 2615 del CCCN resulta aplicable no solo a los incapaces declarados como tales sino a otros institutos y situaciones que no requieren una declaración en tal sentido.

La protección de las personas es una cuestión de hecho y cada ordenamiento establecerá cuál es el grado de aptitud de cada individuo para desenvolverse en forma autónoma, por ello la calificación del domicilio como aquel en que la persona que se encuentra, es decir, su residencia habitual, parece más apropiada para regular la cuestión que hacerlo por el domicilio de su representantes [7], cuando se encuentren en Estados diferentes, ya que, siendo una cuestión de hecho, en la residencia habitual predominan las consideraciones de hecho y tiene una mayor proximidad y razonabilidad con la situación regulada.

[1] Boggiano, Antonio ob. cit., p. 642.

[2] Oyarzabal, Mario "El inicio y el fin de la existencia de las personas humanas en el Derecho Internacional Privado", ED 210-1146.

[3] Boggiano, Antonio ob. cit. pág. 643.

[4] CSJN, 14/06/1995, Fallos 318:1269; La Ley, 1996-A, pp.260.

[5] SCBA, 15/07/2009, RDF, marzo/abril 2010, N°.45, Abeledo Perrot, p. 191 con comentario de W. Goldschmidt.

[6] Perez Moreno, Silvia G. ob.cit.

[7] Menicocci, Alejandro ob.cit. p.844.

Ley aplicable a la capacidad

Ley aplicable a la capacidad. Capacidad de hecho y capacidad de derecho. Incapacidad. Cambio de estatutos: conflicto móvil por cambio de domicilio. Adquisición de la mayoría de edad. Irrevocabilidad de la capacidad adquirida

Capacidad de la persona humana

La persona humana es titular de derechos y obligaciones, es decir que tiene capacidad jurídica o de derecho.

El derecho de la persona a la personalidad jurídica surge de las disposiciones de la Declaración Universal de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948) art. 19, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Naciones Unidas 1948), art. 6, la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 1968) art 3 y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas 1976) art. 16.

En los casos en que las personas no pueden ejercer la defensa de sus derechos, la ley establece las condiciones o límites a la capacidad de hecho.[1]

El artículo 2616 no innova en la regulación en este punto y sujeta la capacidad de la persona humana al derecho de su domicilio.



El CCCN en el art. 24, aplicable a las personas con domicilio en nuestro país, nombra las personas consideradas incapaces de ejercicio (personas por nacer, personas que no alcanzaron la madurez en razón de la edad y las declaradas incapaces por sentencia judicial) y por su parte la Sección 1.º del Capítulo 10º del Título primero del Libro I del CCCN regula los institutos de protección de las personas consideradas incapaces en las figuras de la Representación y la Asistencia a través de los institutos de la Tutela y Curatela.

Igualmente, las limitaciones a la capacidad pueden encontrarse en los fundamentos de orden público (art. 2600 del CCCN), que funcionan como un impedimento a la aplicación del derecho extranjero del domicilio, en la medida que atente contra “los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.”[2]

La norma no hace mención a las limitaciones especiales a la capacidad, por lo que quedarán sujetas a la ley aplicable en las distintas materias.[3]

Cambio de estatuto personal

El art. 2616 in fine del CCCN regula el cambio de estatuto personal, conflicto móvil, y dispone que el cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por la persona de acuerdo a la ley del domicilio anterior.

Posibilidad de invocar la propia incapacidad

El artículo 2617 del CCCN se aparta del criterio del domicilio del incapaz, para favorecer la validez del acto jurídico, si por aplicación del derecho del lugar de celebración del acto la persona fuera considerada capaz.

La norma no distingue entre incapacidad de hecho y de derecho; en consecuencia, si la persona tuviera alguna incapacidad de derecho según la ley de su domicilio o según la ley aplicable al acto jurídico (que estableciera incapacidades especiales) por el cual el acto sería nulo de nulidad absoluta dicha incapacidad no puede ser invocada por el propio incapaz. Tampoco podría alegar la incapacidad si según la ley de su domicilio fuera incapaz de hecho y el acto adoleciera de nulidad relativa.

Sin duda la norma analizada tiene la finalidad de asegurar la estabilidad de los actos jurídicos al someterlos en cuanto a la capacidad al derecho del lugar de celebración y desplazando el derecho del domicilio.

En la cuestión pueden ser de aplicación los principios de orden público (art. 2600 del CCCN) si el acto es nulo, debido a una incapacidad de derecho de acuerdo a la ley del domicilio del incapaz y se conculcaran principios de orden público de ese ordenamiento jurídico.

El mismo art. 2617 establece la imposibilidad de alegar la propia incapacidad en caso de que la parte capaz que contrató con el incapaz hubiera conocido o debido conocer dicha incapacidad.

El artículo analizado regula el principio de buena fe en un sentido muy riguroso^[4], ya que la excepción no solo funciona cuando se verifica el conocimiento de la incapacidad por la contraparte capaz, sino en caso de que dicha incapacidad hubiera debido ser conocida por dicha parte.

El art. 2617 del CCCN finalmente establece que “esta regla no es aplicable a los actos jurídicos relativos al derecho de familia, al derecho sucesorio ni a los derechos reales inmobiliarios”.

Si bien la redacción de la norma puede traer dudas acerca de si con la expresión “esta regla” se refiera a la primera parte del artículo (imposibilidad de alegar la propia incapacidad) o a la excepción establecida en la parte final del primer párrafo (buena fe de la parte capaz)^[5], teniendo en cuenta que la norma regula en forma general el estatuto personal, y que dicho estatuto se expande a través de toda la llamada Parte Especial del DIPr, parece razonable interpretar el texto en el sentido de no impedir que el incapaz pueda alegar su propia incapacidad en casos referentes a temas de familia, sucesiones y derechos reales en que la autonomía de la voluntad se ve muy limitada y en que es necesario proteger al propio incapaz.

[1] Goldschmidt, Werner ob.cit. § 198, p 215.

[2] Artículo 2600 CCCN: Orden público. Las disposiciones de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

[3] Goldschmidt, Werner ob.cit. § 201, p 218.

[4] Menicocci, Alejandro ob.cit. p.846/847.

[5] Menicocci, Alejandro ob.cit.847/848.

Ley aplicable al nombre

Ley aplicable al nombre. Reconocimiento del nombre atribuido en el extranjero. Cambios de nombre. Jurisdicción. Ley aplicable

El derecho al nombre es considerado uno de los derechos fundamentales de la persona humana y ha sido reconocido por varios instrumentos internacionales de derechos humanos (Convención sobre los Derechos del Niño ONU 1989, art. 7.1), así como el derecho al honor, la dignidad, la intimidad personal y familiar y la reputación.[1]

Desde la óptica del DIPr, el “nombre” presenta diferentes cuestiones; por un lado aparece la cuestión del derecho aplicable a la imposición del nombre, y por otro lado aparece el derecho aplicable a los cambios de nombres o apellidos o la alteración de la ortografía.

El actual Código Civil y Comercial, en la única norma de DIPr que lo regula, utiliza el criterio del domicilio como punto de conexión, pero lo ubica temporalmente al agregar que el derecho aplicable al nombre será el del domicilio al tiempo de la imposición. Parece razonable la ubicación temporal del punto de conexión ya que asegura la proximidad entre la situación de hecho y el derecho más próximo.



Por otro lado, la segunda parte del artículo establece que el cambio se registrará por el derecho del domicilio al tiempo de requerirlo. Es decir que en ese caso también se hace una ubicación temporal del punto de conexión.

La regulación no califica el tipo legal, es decir, qué entiende por "nombre" a los fines de la aplicación de la norma, por lo que consideramos que la norma se aplica tanto al nombre de pila o pronombre y al apellido.

El Código argentino no contiene norma de jurisdicción internacional en esta materia, por lo que podría utilizarse como criterio atributivo de jurisdicción el *forum causae* o paralelismo, es decir, atribuir competencia al juez del Estado cuyo derecho resulte aplicable al caso, por lo que será el juez del domicilio al tiempo de la imposición del nombre o al tiempo de requerirse el cambio de nombre, según el caso.

En cuanto al reconocimiento de la sentencia extranjera para su inscripción en un Registro argentino, consideramos que, no encontrándose dentro de los supuestos de jurisdicción exclusiva (art. 2609 del CCCN[2]), debería analizarse la jurisdicción indirecta (análisis de la jurisdicción internacional del juez extranjero que dictó la sentencia) con un criterio flexible.

[1] Rabino, Mariela C. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. T. VI, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, p.850.

[2] Artículo 2609 CCCN- Jurisdicción exclusiva. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para conocer en las siguientes causas:

- a. en materia de derechos reales sobre inmuebles situados en la República;
 - b. en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un registro público argentino;
 - c. en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos industriales y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, cuando el depósito o registro se haya solicitado o efectuado o tenido por efectuado en Argentina.
-

Ausencia

Ausencia. Presunción de fallecimiento. Jurisdicción internacional y ley aplicable en cada supuesto

En materia de ausencia el Código Civil y Comercial de la Nación regula la jurisdicción internacional y el derecho aplicable.

La norma de jurisdicción se encuentra en el art. 2619, y dispone que son competentes para entender en la declaración de ausencia y en la declaración de fallecimiento el juez del último domicilio conocido del ausente o en su defecto el de su residencia habitual. En caso de desconocimiento de estos, el lugar de situación de los bienes del ausente.

Asimismo, dispone la jurisdicción del juez argentino cuando exista un interés legítimo en nuestro país.

El art. 2620 contempla el derecho aplicable en tres aspectos distintos:



La declaración de ausencia y presunción de fallecimiento se rige por la ley del último domicilio conocido o en su defecto de su última residencia habitual.



Las demás relaciones jurídicas del ausente se regulan por el derecho que las regía anteriormente.



Los efectos jurídicos respecto de los bienes inmuebles y muebles registrables se rigen por el derecho de situación o de registro, según el caso.

Si bien las normas de fondo en la materia (arts. 79 a 84 y 85 a 92 del CCCN) tratan en forma separada la ausencia y la presunción de fallecimiento, el DIPr de fuente interna lo resuelve en forma conjunta en los artículos citados.

La doctrina es relativamente pacífica en el sentido de proponer la unidad del derecho aplicable a la declaración de ausencia y a la presunción de fallecimiento^[1]. Las posturas respecto al criterio localizador entre la ley del domicilio (Boggiano) y la ley de la última residencia del ausente han sido receptadas por la norma del art. 2620 del CCCN, ya que toma ambos puntos de conexión en forma subsidiaria, indicando como aplicable el derecho de la última residencia habitual en caso de que se desconozca el último domicilio del ausente.

Tanto la ausencia como la declaración de fallecimiento “está(n) vinculadas a todos los aspectos de la personalidad” por lo que se justifica la aplicación de un único derecho a ambas cuestiones.

La disposición establece una distinción entre el derecho aplicable a la ausencia y a la presunción de fallecimiento, por un lado, y el derecho aplicable a las relaciones jurídicas del ausente, por otro. De manera que los efectos continuarán rigiéndose por el derecho que los regulaba con anterioridad.

Por ejemplo, los efectos que la declaración de ausencia produce sobre el matrimonio se regirán por el último domicilio conyugal (art. 2626 del CCCN).

Asimismo, la última parte del art. 2620 del CCCN establece la escisión del derecho respecto a los efectos de la declaración de ausencia respecto a los bienes inmuebles y los muebles registrables.

[1] Rabino, Mariela C. ob.cit. p.855.

Cierre de la unidad



¿Qué ley rige el estatuto personal en el DIPr argentino?

El sistema argentino ha optado por regir el estatuto personal por el derecho del domicilio de la persona.

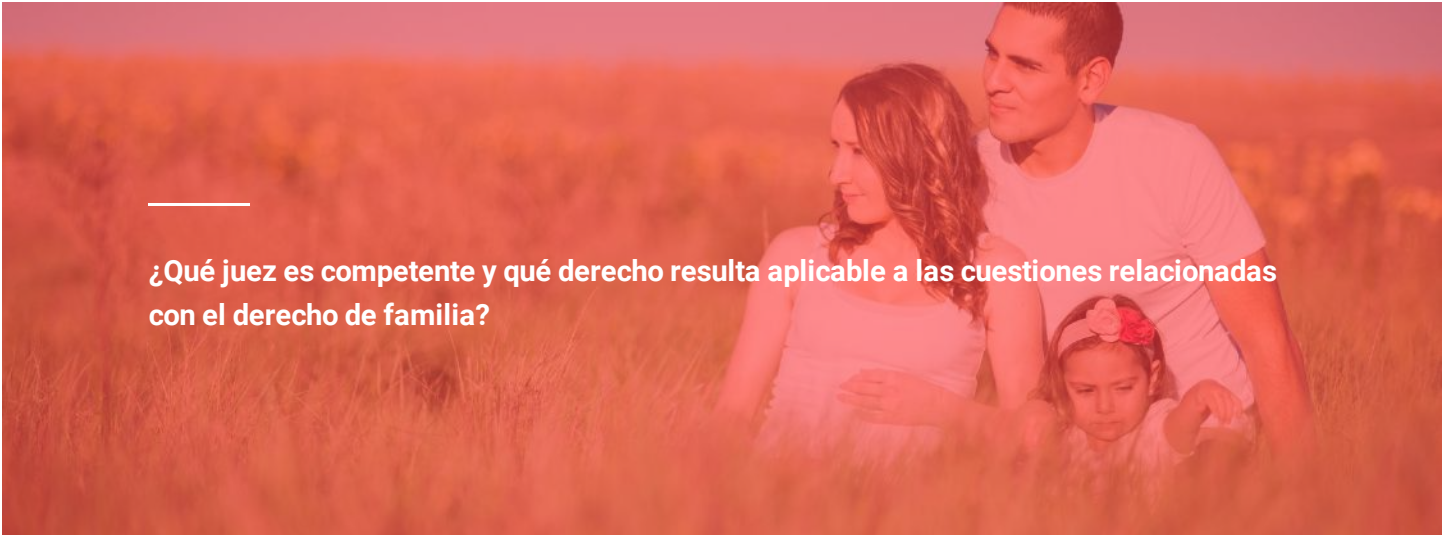
El estatuto personal en el derecho internacional privado argentino

En el siguiente artículo podrás profundizar en el conocimiento sobre el estatuto personal en el Derecho Internacional Privado.

[IR AL MATERIAL](#)

Revista del Notariado (2017). "La persona humana. El estatuto personal en el derecho internacional privado argentino". Recuperado del 3 de diciembre de 2018 de <http://www.revista-notariado.org.ar/2018/03/el-estatuto-personal-en-el-derecho-internacional-privado-argentino/>

Introducción a la unidad



¿Qué juez es competente y qué derecho resulta aplicable a las cuestiones relacionadas con el derecho de familia?

Objetivos de la unidad



Ejercitarse en el análisis y solución de las situaciones privadas internacionales en los tres sectores del DIPr: jurisdicción internacional, derecho aplicable y cooperación jurisdiccional internacional.

Contenidos de la unidad

1

MATRIMONIO Y UNIONES CONVIVENCIALES

1.1 Jurisdicción internacional.

1.2 Ley aplicable a la validez del matrimonio, capacidad, forma, prueba y existencia. No reconocimiento en la Argentina del matrimonio celebrado en el extranjero: impedimentos.

1.3 Efectos personales del matrimonio. Calificación. Ley aplicable. Alimentos entre cónyuges.

1.4 Régimen de bienes en el matrimonio. Autonomía de la voluntad. Ley aplicable a las convenciones matrimoniales y al régimen legal de bienes. Alteración del régimen de bienes.

1.5 Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio: ley aplicable. Separación.

1.6 Unión convivencial: Jurisdicción y ley aplicable.

Alimentos de menores. Alimentos entre cónyuges y excónyuges. Jurisdicción internacional. Ley aplicable. Protección del acreedor de alimentos. Cooperación internacional en materia de cobro de alimentos en el extranjero.

El DIPr matrimonial se encuentra influenciado por la regulación de fondo contenida en los distintos países y es en esta materia donde hay mayores diferencias en los distintos Estados.

Las diferencias y contradicciones se presentan con mucha fuerza en esta materia y la intervención del orden público internacional se da con mayor frecuencia.

Los derechos humanos, especialmente la Convención de los derechos del niño y la Convención para evitar toda forma de discriminación contra la mujer, que desde la reforma constitucional de 1994 tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 del CN), han tenido influencia.

Las modificaciones del derecho de fondo se reflejan en las concepciones del orden público internacional, especialmente las modificaciones introducidas por la ley 23515, que estableció la

disolubilidad del matrimonio y la ley 26618 de matrimonio igualitario.

El eje de la familia se trasladó del matrimonio a la protección de los menores.

El orden público (interno) va cediendo espacio a la autonomía de la voluntad, por ejemplo respecto del régimen de bienes del matrimonio, nombre de las personas, etc.

En resumen, los principios generales del régimen de familia que surge de los tratados internacionales ratificados por nuestro país resultan relevantes los principios de libertad, igualdad y de no discriminación. El concepto de familia no comprende exclusivamente a la familia basada en el matrimonio, se protege la familia sin distinguir si se trata de familias fundadas en uniones matrimoniales, no matrimoniales o monoparentales.

Comenzar la unidad

Te invitamos a recorrer el contenido de la unidad.

[IR AL CONTENIDO](#)

Matrimonio y uniones convivenciales

Nuevos paradigmas y condicionantes del DIPr de familia

El DIPr matrimonial se encuentra influenciado por la regulación de fondo contenida en los distintos países y es en esta materia donde hay mayores diferencias en los distintos Estados.

Las diferencias y contradicciones se presentan con mucha fuerza en esta materia y la intervención del orden público internacional se da con mayor frecuencia.

Los derechos humanos, especialmente la Convención de los derechos del niño y la Convención para evitar toda forma de discriminación contra la mujer, que desde la reforma constitucional de 1994 tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 del CN), han tenido influencia.

Las modificaciones del derecho de fondo se reflejan en las concepciones del orden público internacional, especialmente las modificaciones introducidas por la ley 23515, que estableció la disolubilidad del matrimonio, y la ley 26618, de matrimonio igualitario.

El eje de la familia se trasladó del matrimonio a la protección de los menores.



La regulación de Uniones no matrimoniales

El orden público (interno) va cediendo espacio a la autonomía de la voluntad, por ejemplo respecto del régimen de bienes del matrimonio, nombre de las personas, etc.

En resumen, los principios generales del régimen de familia que surgen de los tratados internacionales ratificados por nuestro país resultan relevantes los principios de libertad, igualdad y de no discriminación. El concepto de familia no comprende exclusivamente a la familia basada en el matrimonio, se protege la familia sin distinguir si se trata de familias fundadas en uniones matrimoniales, no matrimoniales o monoparentales.

Jurisdicción internacional

La Argentina es parte del Tratado de Derecho Civil Internacional suscripto en Montevideo en 1889 (TMDCI 1889) y su homónimo de 1940 (TMDCI 1940), por lo que dentro de su ámbito espacial de aplicación la jurisdicción internacional en esta materia se rige por los arts. 62 y 59, respectivamente.

Estos artículos disponen que en los juicios sobre nulidad del matrimonio, divorcio y disolución y en general todas las cuestiones que afecten las relaciones personales de los esposos son competentes los jueces del domicilio conyugal.

La regla es la misma en ambos tratados, pero varía su interpretación respecto del concepto de domicilio matrimonial. El art. 8 del TMDCI de 1889 establece que si no hay domicilio matrimonial, debe tenerse en cuenta el domicilio del marido. En cambio el TMDCI de 1940 dice que domicilio conyugal es donde viven de consuno y en su defecto hay que recurrir al domicilio del marido, pero el art. 9 agrega que la mujer casada abandonada por el marido conserva el domicilio conyugal, salvo que hubiera constituido un nuevo domicilio en otro país.

El DIPr de fuente interna establece la regla de jurisdicción internacional en el art. 2621 del CCCN.

Los criterios atributivos de jurisdicción que establece la norma son: domicilio conyugal efectivo y domicilio del cónyuge demandado para las acciones de validez, nulidad y disolución del matrimonio.

La última parte del artículo califica domicilio el lugar entendiendo por tal el de efectiva convivencia de los cónyuges.

El artículo adopta los mismos criterios que tenía el art. 227 del Código Civil derogado y toma la calificación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos "Vlasof" (Fallos 246:87) y "Jobke" (Fallos 291:540).

Ley aplicable a la validez del matrimonio, capacidad, forma, prueba y existencia. No reconocimiento en la Argentina del matrimonio celebrado en el extranjero: impedimentos

Los Tratados de Montevideo mencionados ratificados por la Argentina someten la capacidad para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez a la ley del lugar de celebración. Si el matrimonio cumple con los requisitos del país de celebración, será reconocido en los demás países ratificantes de los tratados

(art. 11 del TMDCl 1889 y art. 13 del TMDCl 1940).

En ambos casos las normas prevén la posibilidad de que el Estado no reconozca un matrimonio celebrado en el extranjero con los impedimentos que establecen las normas: falta de edad de alguno de los contrayentes, parentesco en línea recta y entre hermanos, haber dado muerte a uno de los cónyuges para casarse con el supérstite y matrimonio anterior no disuelto.

La Argentina también es parte de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios (Nueva York, 10 de diciembre de 1962).

El DIPr de fuente interna, establece en el art. 2622 del CCCN las reglas de validez del matrimonio.

De acuerdo al primer párrafo, somete la capacidad de los contrayentes, la forma del acto, existencia y validez a la ley del lugar de celebración, aunque los contrayentes hubieran dejado su domicilio para evitar la aplicación de ese derecho.



Utiliza el método indirecto, en una norma indirecta simple. Esta norma desplaza la regla general en materia de capacidad.

La segunda parte del artículo contiene una norma de policía o internacionalmente imperativa, que establece los casos en que no se reconocerá un matrimonio celebrado en el extranjero con alguno de los impedimentos señalados por la norma, que son los impedimentos dirimientes del derecho material argentino: parentesco, matrimonio anterior no disuelto y haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. Nótese que no todos los impedimentos del art. 403 del CCCN son obstáculos para reconocer el matrimonio celebrado en el extranjero.

La parte final contiene otra norma indirecta simple, cuyo tipo legal regula la prueba del matrimonio y también la somete al lugar de celebración de este.

Efectos personales del matrimonio. Calificación. Ley aplicable. Alimentos entre cónyuges

Los efectos personales del matrimonio comprenden varias cuestiones referidas a la organización de la vida de los cónyuges y está influida por los valores de la sociedad; tradicionalmente este aspecto se relaciona con los deberes de cohabitación, respeto, fidelidad, débito conyugal, posibilidad de fijar domicilio conyugal, obligación de pagar alimentos, poder de llaves, etc.

La doctrina toma una caracterización negativa de los efectos personales, en el sentido de que incluyen aquellos efectos que no inciden

directamente sobre el régimen de bienes.

En los Tratados de Montevideo el punto de conexión elegido es "domicilio conyugal" (art. 12 TMDCI 1889 y art. 14 TMDCI 1940) y se admite la mutabilidad automática del régimen por el cambio de domicilio.

El art. 2624 del CCCN también somete este aspecto al derecho del domicilio conyugal efectivo. Sin embargo la norma no define este concepto.

Régimen de bienes en el matrimonio. Autonomía de la voluntad. Ley aplicable a las convenciones matrimoniales y al régimen legal de bienes. Alteración del régimen de bienes

Los Tratados de Montevideo someten el régimen de bienes al derecho del domicilio conyugal, salvo las restricciones de estricto carácter real impuestas por la ley del lugar de situación de los bienes.

La fuente interna argentina regula la cuestión en el art. 2625 del CCCN.

El régimen patrimonial del matrimonio comprende su funcionamiento, disolución, liquidación y partición y el punto de conexión elegido por la norma es el primer domicilio conyugal.

La norma, en concordancia con la regulación material del derecho argentino, introduce la regulación de las convenciones (o capitulaciones) matrimoniales, que es la facultad que tienen los cónyuges o contrayentes de hacer pactos para regular el régimen o una parte de él o para adoptar alguno de los regímenes previstos por la ley.

Las convenciones celebradas antes de la celebración del matrimonio serán sometidas al derecho del primer domicilio conyugal. La celebradas con posterioridad se regirán por la ley del domicilio conyugal al tiempo de celebrar la capitulación.

La última parte del artículo establece que cuando se traslade el domicilio a nuestro país los esposos pueden optar por la aplicación del derecho argentino siempre que manifiesten su voluntad por instrumento público.

Divorcio y otras causales de disolución del matrimonio: Ley aplicable. Separación



Los Tratados de Montevideo rigen la disolución del matrimonio por el derecho del domicilio conyugal (art. 13 TMDCI 1889 y art. 15 TMDCI 1940). Recordemos que el TMDCI 1940, en el art. 8, el domicilio conyugal es calificado como el lugar donde viven de consuno y en su defecto es el domicilio del marido. Pero la mujer abandonada conserva el domicilio conyugal salvo que constituya un nuevo en otro país (art.9).

En el Código Civil y Comercial argentino el derecho que rige la disolución es el del último domicilio conyugal; este criterio solo podrá ser desplazado cuando el derecho indicado por la norma contrarie los principios del orden público internacional argentino.

Unión convivencial: Jurisdicción y ley aplicable

Los fundamentos expresados con relación a la regulación de este instituto indican que la intención fue establecer una categoría amplia y si exigir requisitos que comprendan situaciones de hecho que por sus características propias son informales.

- El art. 2627 del CCCN atribuye jurisdicción internacional en forma concurrente a los jueces del domicilio común efectivo o del domicilio o residencia habitual del demandado.
- El art. 2628 del CCCN establece la aplicación del derecho del Estado donde se quiere hacer valer la relación.

De la relación de estas normas surge que si se inicia ante el juez argentino este aplicará nuestro derecho material. Si el domicilio común se encuentra en la Argentina parece razonable la aplicación de ese derecho, pero si la atribución de competencia resulta del domicilio o residencia habitual del demandado, la aplicación del derecho argentino, solo porque aquí se pretende hacer valer, pero no hay domicilio común, puede resultar arbitrario.

La norma solamente regula los efectos jurídicos que produce la invocación de la unión convivencial en un Estado diferente al de su localización, sin embargo habrá que aplicar el derecho del lugar donde se pretenda hacer valer la unión también en lo referido a la prueba, a los acuerdos que las partes celebren sobre los bienes, a los efectos económicos de la ruptura y el derecho de percepción de alimentos.

Alimentos

Al decir de Jure, "los alimentos son el conjunto de medios materiales necesarios para la supervivencia, existencia física de las personas, y en el caso de los menores, para su educación y formación".



El art. 27 de la Convención de los derechos del niño de 1989 ha dejado establecido el derecho del menor a "un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social" y a la obtención de alimentos de los padres "dentro de sus posibilidades y medios económicos" como norma fundamental en la materia.

Las obligaciones alimentarias entre personas con domicilio o residencia habitual en distintos países plantea problemas particulares y es deseable buscar soluciones a través de tratados internacionales.

La tendencia mayoritaria, que se refleja en los tratados internacionales, es considerar el derecho a alimentos como una categoría autónoma del DIPr, independiente de la relación jurídica en que se funda ese derecho y que en general son relaciones de familia.

Alimentos de menores. Alimentos entre cónyuges y excónyuges. Jurisdicción internacional. Ley aplicable. Protección del acreedor de alimentos

Los TMDCI de 1889 y de 1940 carecen de regulación específica de los alimentos como categoría autónoma. No obstante, las obligaciones alimentarias entre cónyuges pueden calificarse como relaciones personales (arts. 12 y 14 respectivamente en los Tratados de 1889 y de 1940).

La Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias (CIDIP IV - Montevideo en 1989) establece que "la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte" (art. 1.1).

El su artículo 8 establece una serie de jurisdicciones alternativas entre las cuales puede optar el acreedor alimentario: a) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el del domicilio o de la residencia habitual del deudor; o c) el del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de beneficios económicos.

Se le brinda también al actor la posibilidad de la prórroga, a condición de que el demandado en el juicio comparezca sin objetar la competencia.

En materia de derecho aplicable, la Convención toma una solución flexible, con soluciones materialmente orientadas. El art. 6 establece puntos de conexión alternativos: "a) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; b) el ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor". La discrecionalidad tiene un límite, que es el interés del acreedor de los alimentos.

El Código Civil y Comercial argentino regula la materia en dos normas: el art. 2629 para la

jurisdicción internacional y el art. 2630 para el derecho aplicable.

La incorporación de estas normas sigue las tendencias más modernas de dar a la obligación de alimentos una categoría autónoma.

El art. 2629 del CCCN establece jurisdicción concurrente entre los jueces del domicilio o residencia habitual del actor o los jueces del domicilio o residencia habitual del demandado. Además, establece un criterio fundado en el Fuero internacional del patrimonio, y abre jurisdicción en el país donde hubiera bienes del deudor de alimentos, si resultare razonable.

Respecto de los alimentos entre cónyuges o convivientes, tiene soluciones particulares.

- ☐
- Son competentes en forma concurrente los jueces del último domicilio conyugal o convivencial, domicilio o residencia habitual del demandado o ante el juez que haya entendido en la disolución del vínculo.
- ☐
- Si hubiere un convenio, el actor puede elegir también iniciar la acción ante el juez del lugar de cumplimiento de la obligación o el del lugar de la celebración del convenio si coincide con la residencia del demandado.
- ☐
- El derecho aplicable se rige, según el art. 2630 del CCCN, por la ley del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que fuera más favorable al interés del acreedor alimentario.
- ☐
- Los acuerdos alimentarios se rigen, a elección de las partes, por el derecho del domicilio o residencia habitual de cualquiera de ellas al tiempo de la celebración del acuerdo o, en su defecto, la ley que rige el derecho a alimentos.



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



La interpretación de las reglas atributivas de jurisdicción y de derecho aplicable deben ser protectoras del crédito alimentario y del acreedor de alimentos.

Cooperación internacional en materia de cobro de alimentos en el extranjero

La Argentina es parte de la Convención sobre Reconocimiento y ejecución de la obligación de prestar alimentos en el extranjero (Nueva York, 20 de junio de 1956) y de la Convención Interamericana a sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP - IV. Montevideo, 15 de julio de 1989).

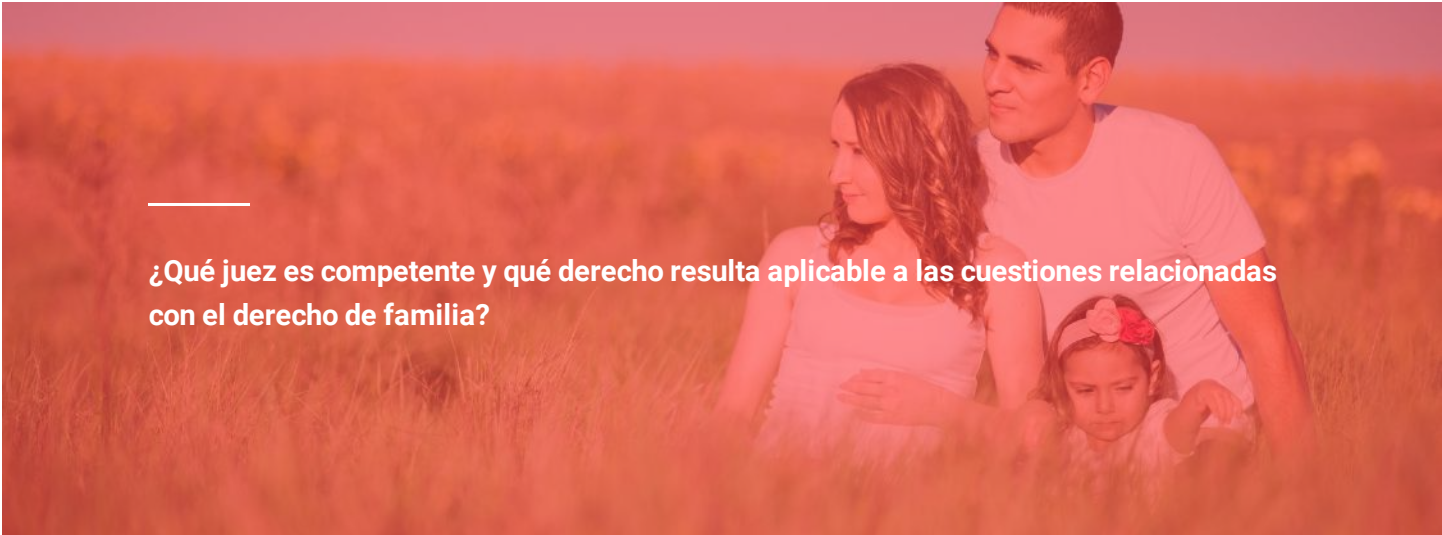
La Convención sobre Reconocimiento y ejecución de la obligación de prestar alimentos en el extranjero tiene la finalidad de facilitar la obtención de alimentos en un país distinto al de la residencia del acreedor. La Convención solo se aplica a la obtención de alimentos otorgados por la ley, pero no los derivados de convenios ni de otras situaciones jurídicas.

El art. 1 establece un mecanismo de carácter administrativo, a través del cual va a operar la Convención, centrado en la "autoridad remitente" en el país del demandante y la "institución intermediaria" en el país del demandado.

La Convención establece que las normas referidas al cumplimiento y ejecución de juicios por prestación de alimentos puede tener lugar solamente en el país del demandado, por ello no contiene ninguna norma que regule ni sobre la jurisdicción ni sobre la ley aplicable, a excepción del art. 6.3[1], ni sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Estos tres aspectos se dejan a la ley del Estado del demandado o a otras Convenciones internacionales.

[1] "la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional privado de ese Estado".

Cierre de la unidad



¿Qué juez es competente y qué derecho resulta aplicable a las cuestiones relacionadas con el derecho de familia?

En la cuestiones relacionadas con las relaciones de familia, el DIPr determina las soluciones a través de normas que regulan diferentes categorías jurídicas. Por ello es necesario determinar cuáles son esas categorías y buscar las normas de fuente internacional o fuente interna que regulan cada una de ellas.

Material didáctico

Película Como los demás

En la película, el protagonista (Emmanuel) forma una pareja feliz con Philippe; sin embargo, tiene un deseo de paternidad no compartido por su pareja. Solicita una adopción monoparental y le pide a Philippe que se vaya del piso porque la adopción de una pareja de hombres no es aceptada. Como fracasa su intento de adopción, decide pedirle a Fina (una joven argentina que vive sin papeles en Francia) que se embarace para entregarle el bebé a él. A cambio, él se casará con ella, con el fin de que obtenga los papeles para quedarse en Francia.

La película toma de manera realista varias situaciones que se presentan en el derecho de familia y las dificultades que se dan cuando el caso se vincula con dos o más ordenamientos jurídicos.

Descarga del contenido

¿Quieres imprimir el contenido del módulo?

Para descargar el contenido del módulo e imprimirlo, haz clic en el archivo que se encuentra a continuación.