



Anuario mexicano de derecho internacional  
ISSN: 2448-7872  
UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

Wegher Osci, Florencia Soledad

*Da mihi factum dabo tibi ius.* Notas sobre la aplicación del derecho extranjero en casos iusprivatistas multinacionales y su vinculación con el acceso a la justicia en el Código Civil y Comercial de la República Argentina

Anuario mexicano de derecho internacional, vol. XIX, 2019, Enero-Diciembre, pp. 483-517  
UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2019.19.13332>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402771737016>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica Redalyc  
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

*Da mihi factum dabo tibi ius. Notas  
sobre la aplicación del derecho extranjero  
en casos iusprivatistas multinacionales  
y su vinculación con el acceso a la justicia  
en el Código Civil y Comercial  
de la República Argentina*

*Da mihi factum dabo tibi ius. Notes  
on the Application of Foreign Law in Multinational  
Iusprivatist Cases and its Connection with Access  
to Justice in the Civil and Commercial Code  
of the Argentine Republic*

*Da mihi factum dabo tibi ius. Notes  
sur l'application du droit étranger dans les affaires  
multinationales iusprivatistes et leurs liens  
avec l'accès à la justice dans le Code Civil  
et Commercial de la République Argentine*

Florencia Soledad **Wegher Osci**

Artículo recibido el 28 de diciembre de 2017

Aprobado para publicación el 20 de octubre de 2018

*Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIX, 2019, pp. 483-517  
Ciudad de México, ISSN 1870-4654

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons*

*Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional*, IJJ-UNAM.

Universidad Nacional Autónoma de México, IJJ-BJV, 2019

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/issue/archive>

Balancear las expectativas de las partes es el propósito de esta disciplina. La voluntad de honrar esas expectativas a través de la aplicación del Derecho extranjero puede bien considerarse como una forma de progreso de la civilización humana.<sup>1</sup>

Jürgen BASEDOW

Todos los cambios, incluso los más deseados, generan melancolía, pues lo que dejamos es una parte de nosotros mismos; hace falta morir en una vida, para entrar en otra.<sup>2</sup>

Anatole FRANCE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El DIPr ante la irrupción del paradigma de los derechos fundamentales. Aspectos de acceso a la justicia en el DIPr de fuente interna*. III. *La aplicación del derecho extranjero como problema general*. IV. *Para muestra, un botón*. V. *A modo de cierre: igualdad ante la ley y aplicación afectiva del derecho extranjero*. VI. *Bibliografía*.

FLORENCIA SOLEDAD WEGHER OSCI

<sup>1</sup> Basedow, Jürgen, “The Application of Foreign Law-Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law”, en Basedow, Jürgen y Pißler, Knut Benjamin (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Mohr Siebeck, 2014, traducción propia, resumen disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2535728](http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2535728).

<sup>2</sup> France, A., “Tous les changements, même les plus souhaités, ont leur mélancolie, car ce que nous quittons, c’est une partie de nous-mêmes; il faut mourir à une vie pour entrer dans une autre”, *Le crime de Sylvestre Bonnard*, París, Gallimard, 1991.

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza la regulación en el derecho argentino de la aplicación de derecho extranjero en casos multinacionales de derecho privado. Para ello observaremos este problema desde el prisma del acceso a la justicia, especialmente considerando las intersecciones entre el derecho internacional privado y los derechos humanos, atendiendo al lugar que ocupa la efectiva aplicación del derecho extranjero a los casos con componentes internacionales, siendo este paradigma tanto un prisma de análisis para los casos concretos, como el eje vertebral del esquema arquitectónico que atraviesa la nueva regulación de las relaciones privadas en el ordenamiento jurídico argentino.

**Palabras clave:** acceso a la justicia, derecho internacional privado, aplicación del derecho extranjero.

**ABSTRACT:** This paper analyses the regulation in Argentine law of the application of foreign law in multinational cases of private law. In order to address this purpose we will observe this problem from the prism of access to justice, especially considering the intersections between private international law and human rights. Particularly, we will take into consideration the place of the effective application of foreign law to cases with international components, ever since this paradigm is a prism of analysis for specific cases, as well as the vertebral axis of the architectonic scheme that crosses the new regulation of the private relations in the Argentine legal order.

**Keywords:** access to justice, private international law, application of foreign law.

**RÉSUMÉ:** Cet article analyse la réglementation en droit argentin de l'application du droit étranger dans les affaires multinationales de droit privé. Pour cela, nous allons observer ce problème du point de vue de l'accès à la justice, en tenant compte en particulier des intersections entre le droit international privé et les droits de l'homme et en tenant compte du lieu de l'application effective du droit étranger aux affaires ayant une composante internationale un prisme d'analyse pour les cas concrets, comme axe vertébral du schéma architectonique qui traverse la nouvelle réglementation des relations privées dans l'ordre juridique argentin.

**Mots-clés:** accès à la justice, droit international privé, application du droit étranger.

## I. INTRODUCCIÓN

El sistema de derecho privado argentino, pergeñado por Vélez Sarsfield un siglo y medio atrás, tomó como piedras basales autores como Freitas, Charles Aubry, Charles-Frédéric Rau, Ihering y Savigny, entre muchos otros que influenciaron su corazón decimonónico. A partir de la inspiración obtenida en la labor de estos juristas y del contexto histórico-político en que fue redactado, se gestó la regulación civil que —con algunas transformaciones más o menos extensas— regiría la vida privada de los argentinos hasta comienzos del siglo XXI. En aquél instrumento de fuente autónoma, las normas de derecho internacional privado (DIPr) se encontraban dispersas a lo largo de los diferentes capítulos y títulos que lo componían, volviendo la tarea aplicativa y de estudio un tanto dificultosa. Así, encontrábamos reglas para los casos internacionales sobre cuestiones referidas a bienes, contratos en general o sucesiones en los artículos 10, 1205 al 1216 y 3284, sólo para nombrar algunos ejemplos.<sup>3</sup>

La nueva reglamentación, fruto de la labor de la comisión conformada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aida Kemelmajer de Carlucci, junto a una liga de expertos, tanto especialistas académicos como abogados litigantes, corporiza una larga y buscada reforma del sistema de derecho privado argentino, unificando criterios judiciales y doctrinarios, dando lugar a una necesaria actualización de la regulación en todos sus ámbitos, incluyendo al DIPr. La existencia de un capítulo que ordene de forma sistemática sus reglas generales es una batalla ganada y a la vez

<sup>3</sup> Sobre la regulación de fuente interna, Fernández Arroyo señala que, para la época, el sistema argentino de DIPr podía considerarse avanzado dada la “dimensión internacional extraordinaria desarrollada en la monumental obra de los Tratados de Montevideo de 1889... con su modernización en 1940 y su expansión a partir de las usinas codificadoras de OEA y Mercosur”. En este mismo sentido apunta que “si el sistema no se anquilosó completamente fue por las innovaciones aportadas por los tratados internacionales en la materia y por la invaluable contribución de ciertos jueces que lograron el notorio desajuste entre la dimensión interna del sistema de DIPr argentino, y la realidad no haya tenido un impacto demasiado negativo”. Fernández Arroyo, Diego P., “Aspectos generales y particularidades relevantes de la nueva dimensión interna del derecho internacional privado argentino”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, número extraordinario: “Claves del Código Civil y Comercial”, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015, pp. 399 y 400.

perdida.<sup>4</sup> Y decimos esto porque si bien es para celebrar la incorporación definitiva de la autonomía conflictual y material en materia de contratos, el acuerdo de elección de foro, o la cristalización positiva de la competencia y el derecho aplicable a las sucesiones internacionales, hubiera sido deseable que contara también con normas de reconocimiento internacional de decisiones, que originalmente eran parte del proyecto elaborado por la comisión dedicada a las normas de DIPr, pero fueron recortadas con base en el criterio hartamente discutido referido a la competencia de las provincias para regular esta materia.<sup>5</sup>

Entre los aspectos que sí fueron resueltos se encuentra el objeto de nuestro trabajo y uno de los problemas centrales de la materia: la aplicación del derecho extranjero ordenado por la norma de conflicto. Esta manifestación positiva de la consecuencia jurídica de la norma de colisión ha generado ríos de tinta en escritos judiciales y en publicaciones académicas a efectos de sustentar las diferentes teorías que a continuación analizaremos,<sup>6</sup> primero, limitados al artículo 13 del Código Civil de Vélez y su nota, y luego, a las interpretaciones que buscaron combinar esta norma con el 377 Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación reformado o con los proto-

<sup>4</sup> En este sentido, y sólo a modo de referencia, véase Najurieta, María S., “Una mirada sobre el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Libro de las Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado*, Panamá, 2015, p. 192; Fernández Arroyo, Diego P., “Argentina: comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado para la República Argentina”, disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/>.

<sup>5</sup> La comisión de DIPr (integrada por María Susana Najurieta, María Elsa Uzal, Adriana Dreyzin de Klor y Marcelo Iñiguez), había redactado e incorporado normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras pero fueron retiradas del proyecto final por considerarlas ajenas a la materia que regulan los códigos de fondo y por estimar que avanzaban sobre aspectos reservados a las competencias de las provincias en materia de regulación procesal. En este sentido, véase Uzal, María E., “Lineamientos de la reforma del derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, noviembre de 2014, p. 247, disponible en: [http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Uzal\\_LineamientosdelareformadelDerecho\\_InternacionalPrivadoenelccyc.pdf](http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Uzal_LineamientosdelareformadelDerecho_InternacionalPrivadoenelccyc.pdf).

<sup>6</sup> Fue, en efecto, el tema de la sección de derecho internacional privado de la Asociación Internacional de Derecho Comparado en su XIX Congreso, realizado en Viena en 2014. El reporte nacional redactado por Diego P. Fernández Arroyo y Paula M. All se encuentra disponible en la página web de la Asociación Argentina de Derecho Comparado: <http://www.Derechocomparado.org.ar/>.

colos adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889,<sup>7</sup> 1940<sup>8</sup> y la segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP II) sobre normas generales.<sup>9</sup> Por todos lados, jueces y estudiosos de la disciplina se han dividido entre quienes consideran la naturaleza del derecho extranjero como hecho, derecho, hecho notorio, hipotético o judicial, generando respuestas y argumentos para cada uno de estos supuestos. El efecto de este aspecto tan trascendental de la norma de conflicto ha dado lugar a respuestas desiguales en los diferentes tribunales, esencialmente en los laborales, aunque también en los civiles y en los comerciales.

Tomamos las líneas que siguen en este opúsculo para analizar las transformaciones del régimen de aplicación del derecho extranjero en la regulación del Código Civil y Comercial (CCyC) en el artículo 2595, en su primera parte. Para ello observaremos este problema desde el prisma del acceso a la justicia, especialmente, considerando las intersecciones entre el DIPr y los Derechos Humanos (DD. HH.).

A estos efectos nos preguntaremos por el lugar que ocupa la efectiva aplicación del derecho extranjero a los casos con componentes internacionales, siendo este paradigma tanto un prisma de análisis para los casos concretos, como el eje vertebral del esquema arquitectónico que atraviesa la nueva regulación de las relaciones privadas en el ordenamiento jurídico argentino. En concreto lo haremos a partir del derecho de acceso a la justicia y su relación con la aplicación del derecho extranjero, como manifestación de éste.<sup>10</sup> A efectos ilustrativos tomamos la primera decisión judicial en la

<sup>7</sup> Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1889, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/45000-49999/49053/norma.htm>.

<sup>8</sup> Protocolo Adicional a los Tratados de Montevideo de 1940, disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/200000-204999/200295/norma.htm>.

<sup>9</sup> Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, disponible en: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>.

<sup>10</sup> Una característica esencial de la reforma es la adecuación de la legislación reformada al impacto de DD. HH. o derechos fundamentales en el derecho privado, característica que atraviesa las legislaciones de muchas partes del mundo y se posiciona como un aspecto central en las agendas legislativas. En ese sentido, se ha pronunciado Hans van Loon señalando que “el acceso al Derecho extranjero es un importante componente del acceso a la justicia, fortalece el Estado de Derecho, y es fundamental para una correcta administración de justicia”. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado inició un proyecto relativo al acceso del contenido del derecho extranjero, pero el tema fue recientemente removido de la agenda de la Conferencia.

que se aplicó el artículo 2595, emitida por los tribunales de la provincia de Mendoza en agosto de 2015.<sup>11</sup>

Tradicionalmente cuando se hace referencia a la noción de acceso a la justicia se está haciendo alusión tanto a la concreción efectiva y eficaz que comprende la atención de un juez al caso, como la traducción de esa decisión en una acción específica, esto es, la ejecución de la sentencia. Por otro lado, también es posible referir dentro de este mismo concepto a la efectiva y correcta aplicación del derecho extranjero, en los casos en que éste correspondiera, tanto como manifestación del derecho a la igualdad jurídica, como una traducción sustancial del derecho humano al debido proceso.<sup>12</sup> Así, ambos aspectos del DIPr —formal o procesal y sustancial— conforman en última instancia la expresión más cabal del derecho de acceso a la justicia, y, representan de forma completa la amplitud y la gravedad de éste en casos reales.<sup>13</sup>

El objeto de este trabajo es, entonces, explorar cómo la cristalización de la tendencia jurisprudencial en materia de aplicación del derecho extranjero en el andamiaje jurídico de DIPr, incluido ahora de forma ordenada y sistemática en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), impacta en el desenvolvimiento de la tarea judicial y en la resolución de

<sup>11</sup> La selección del caso no desconoce la importancia mayúscula de otros precedentes judiciales, tanto civiles, comerciales y laborales; sin embargo, estudiarlos excedería la extensión y el propósito de este trabajo.

<sup>12</sup> Sobre el particular, Patrick Kinsch ha trabajado profusamente, centrando su análisis en las resoluciones de tribunales europeos y vinculando los problemas del DIPr con las disposiciones de la Convención Europea de Derechos Humanos. Véase Kinsch, Patrick, “The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments—A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions”, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, Asser Press, 2004, pp. 197-228, resumen disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2407104](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407104); Kinsch, Patrick, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International Privé de La Haye*, vol. 318, 2005, pp. 9-331; Fernández Arroyo, Diego P., “Réflexions autour du besoin réciproque entre le droit international privé et le droit international public”, *The 90th Birthday of Boutros Boutros-Ghali. Tribute of the Curatorium to its President*, La Haya, Brill-Nijhoff, 2012, pp. 113-135.

<sup>13</sup> Boggiano, Antonio, “El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado”, *La Ley*, 2015, p. 681; Boggiano, Antonio, “Los derechos humanos en el derecho internacional privado y en el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos”, *La Ley*, 2012, p. 1308.



casos privados internacionales. Dicho de otro modo, si bien la norma del artículo 13 del código derogado fue desplazada por tratados internacionales y protocolos adicionales, signados y ratificados por la República Argentina que fueron jerarquizados por la reforma de la Constitución Nacional de 1994, lo cierto es que en ocasiones, magistrados y operadores del derecho rehuyeron de la aplicación del derecho extranjero indicado por la norma de conflicto para regir la relación jurídica litigiosa, tomando sencillamente la literalidad del texto del artículo en comento, esperando el ofrecimiento de prueba y la incorporación de este derecho foráneo por las partes interesadas.

Consideramos en este sentido, que la regulación del artículo 2595, primera parte, viene a ordenar, a tono con las disposiciones internacionales, la aplicación del derecho extranjero cuando la norma de colisión lo ordena, colocando en cabeza de los jueces la obligación de establecer dichas disposiciones, e indicando de qué manera deben ser interpretadas, explicitando con ello cuál debe ser el comportamiento de los operadores frente a un caso en el que “resulta aplicable un Derecho extranjero”.<sup>14</sup>

Vinculado a ello se observa el impacto que la aplicación del derecho extranjero en casos multinacionales tiene sobre el acceso a la justicia. De tal modo que consideramos que este derecho fundamental, presente en instrumentos de DD.HH., con jerarquía constitucional ratificados por Argentina, involucra no sólo aspectos procesales, de acceso a la jurisdicción y de eventual reconocimiento de las decisiones, sino que además tiene manifestaciones sustanciales que deben ser abordadas por el DIPr a partir del prisma de análisis ofrecido por constitucionalización del derecho privado y el efecto horizontal indirecto de los DD. HH.<sup>15</sup> Dejaremos de lado otros problemas típicos de la norma de conflicto, que también podrían vincularse con este

<sup>14</sup> Artículo 2595. Aplicación del Derecho extranjero: “Cuando un Derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese Derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada (*parte pertinente*)”.

<sup>15</sup> Mucho se ha escrito sobre los efectos vertical y horizontal, directo e indirecto de los derechos humanos a las relaciones privadas. Tomamos en particular la descripción breve pero clara que realiza Verica Trstenjak en su Reporte General para la Academia Internacional de Derecho Comparado en el que señala que “el efecto horizontal directo conlleva la aplicación de Derechos fundamentales a través de la influencia de la interpretación de reglas de Derecho privado”, *cfr.* Trstenjak, Verica y Weingerl, Petra (eds.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Switzerland, Springer, 2016, p. 8.

abordaje, nos centraremos en lo resuelto por el artículo 2595, primera parte, atendiendo específicamente a las capacidades de esta disposición para generar un mejor y mayor acceso al derecho extranjero, simplificando su aplicación y operatividad, redundando, en consecuencia, en un efectivo acceso a la justicia que respete las expectativas de las partes de un caso multinacional.

## II. EL DIPR ANTE LA IRRUPCIÓN DEL PARADIGMA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ASPECTOS DE ACCESO A LA JUSTICIA EN EL DIPR DE FUENTE INTERNA

Cuando se proclamó que la Biblioteca abarcaba todos los libros, la primera impresión fue de extravagante felicidad. Todos los hombres se sintieron señores de un tesoro intacto y secreto. No había problema personal o mundial cuya elocuente solución no existiera: en algún hexágono.

Jorge Luis BORGES

No es noticia que los efectos de la globalización, como fenómeno de la modernidad, han impactado de forma palpable en todos los ámbitos de la vida social y, muy especialmente, han transformado el devenir de las relaciones jurídicas. Así, un mayor flujo de capital, tanto económico como humano, la expansión y multiplicación de empresas de tipo multinacional o transnacional, las fuertes corrientes migratorias, junto a la híper especialización y profesionalización de los campos laborales, han abrevado en el surgimiento de nuevos interrogantes e indagaciones. Estas mutaciones ocurridas en el seno de la sociedad inciden, especialmente, en las estructuras de mercado y en las diferentes formas en que los actores del sector privado se vinculan sacudiendo los cimientos de una “biblioteca” que, en no pocas ocasiones, ha resultado insuficiente. Como consecuencia, es menester atender a un conjunto de situaciones que no sólo están atravesadas por este fenómeno político-económico-social global, sino por una fuerte y creciente presencia de la retórica de los DD. HH. en el campo del derecho privado, acompañado de una redefinición de las relaciones entre el derecho público y el privado en

el campo de la internacionalidad.<sup>16</sup> La taxonomía derecho público/privado ase originó como una réplica a la concepción liberal de la sociedad en la que se separaban, nítidamente, las esferas pública y privada, y en la que lo público (el Estado) y lo privado (el mercado, la familia, la sociedad) no interferirían entre sí.<sup>17</sup> Las críticas modernas han apuntado directamente contra el origen y la fundamentación de la diferenciación, indicando que ésta “es una separación contingente más que una necesaria”;<sup>18</sup> una creación artificial y no un atributo inmanente “natural, orgánico e inevitable del paisaje del Derecho internacional... una construcción analítica que evolucionó como respuesta al crecimiento de la individualidad y la territorialidad del poder estatal y la autoridad”.<sup>19</sup>

A este respecto, se ha señalado que el lugar secundario asignado a la rama privada del derecho internacional en los debates en torno a ciertos problemas transnacionales, es la consecuencia de la separación erigida en la génesis del mismo entre las órbitas pública y privada.<sup>20</sup> Escisión que po-

<sup>16</sup> De la vasta literatura sobre las imbricaciones entre las ramas de derecho internacional público y DIPr resaltamos aquí, más no exhaustivamente: Oster, J., “Public Policy and Human Rights”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, núm. 3, 2015; Muir Watt, H., “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Revue Internationale de Droit Economique*, t. XXVII, 2013/1-2, pp. 59-78; Clapham, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996; Lequette, Y., “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, en Henne- tte-Vauchez, Roman, S., *Droits et libertés fondamentaux*, París, Dalloz, 1997; Kinsch, Patrick, “Droits de l’homme...”, *cit.*; Fauvarque-Cosson, B., “Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l’exemple des droits fondamentaux”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, núm. 4, 2000.

<sup>17</sup> Michaels, R., “Globalization and Law: Law beyond the State”, en Banakar, R. y Travers M., *Law and the Social Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2013. En este sentido, también véase Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 2014, pp. 11-38.

<sup>18</sup> Upendra, B., “Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International Privé de la Haye*, vol. 276, 1999, pp. 297-423.

<sup>19</sup> Cutler, Claire, “Artifice, Ideology and Paradox: the Public/Private Distinction in International Law”, *Review of International Political Economy*, vol. 4.2, 1997, pp. 261-285.

<sup>20</sup> En este sentido, véanse Stevenson, J., “The Relationship of Private International to Public International Law”, *Columbia Law Review*, vol. 52, 1952; Kennedy, D., “Stages of the Decline of the Public and Private Division”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982; Mills, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009; De Boer, Ted M., “Living Apart Together; the Relationship between Public and

sibilitó que la propia disciplina fuese ajena al potencial de su dimensión política. La distinción pergeñada por la doctrina en torno a las diferencias entre derecho internacional público (DIP) y DIPr, afectó esencialmente el carácter internacional de este último, señalan Muir Watt y Mills,<sup>21</sup> marcando su dimensión doméstica y confinándolo a “una función meramente auxiliar, por la que fue ubicado más allá o, peor aún, debajo de la esfera de política internacional”.<sup>22</sup> Recurriendo a esta arquitectura legal, los juristas trataron de crear una ciencia legal que separara tajantemente el derecho de la política, estableciendo “un sistema neutral y apolítico de doctrina legal y de pensamiento legal libre de aquellas peligrosas e inestables tendencias redistributivas de la política democrática”.<sup>23</sup> La crítica más importante a esta comprensión clásica liberal de la distinción público/privada es que “ignora el hecho de que ley es tanto coercitiva (impacta en la libertad) cuanto distributiva (impacta en la igualdad) y en consecuencia no puede ser neutral”.<sup>24</sup>

Toda esta discusión sobre cuán politizado está el derecho privado y cuánto afecta la constitucionalización/humanización del mismo, entrado el siglo

Private International Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 57, núm. 2, 2010; Muir Watt, Horatia, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 3, 2011, pp. 347-427. En cuanto al impacto de estas vinculaciones en el CCC véase, a modo de referencia general, Lorenzetti, Ricardo L., *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2016.

<sup>21</sup> Mills, A., *op. cit.* Ahí el autor “rechaza totalmente la dicotomía que subyace la cuestión del carácter internacional o nacional del Derecho internacional privado, que de acuerdo a su perspectiva es una falsa dicotomía construida por un internacionalismo positivista, un cerramiento intelectual, en el cual los internacionalistas se han aprisionado a sí mismos y una cuña conceptualista que ha apartado al Derecho público y al privado internacionales; desde esta perspectiva, la relación entre DIP y DIPr es más compleja y dinámica que lo que tal opción binaria permitiría, toda vez que el DIPr se funde con influencias del Derecho nacional y de normas internacionales, similares a las normas federales y a las estatales de los Estados Unidos” p. 24.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 2.

<sup>23</sup> Shamir, H., “The Public/Private Distinction Now: the Challenges of Privatization and of the Regulatory State”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 15.1, 2014, pp. 5 y ss., disponible en: <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/viewFile/527/491>. Ahí también apunta que “La perspectiva liberal acosó la conciencia legal desde fines del siglo XIX o desde que los mercados se convirtieron en instituciones centrales de legitimidad es que la intervención legal en la esfera privada (mayormente la familia y la economía de mercado) está injustificada y debería estar limitada (al mercado) o ser inexistente (en materia de familia), mientras que la esfera pública (el Estado) la intervención legal es bienvenida y necesaria”.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 6.

XXI, atraviesa la estructura de los ordenamientos jurídicos a lo largo del globo y fue astutamente receptada por el nuevo CCC a través de diferentes normas que recuperan las sugerencias ofrecidas por instrumentos internacionales de derecho privado y, muy especialmente, por los principios y ejes centrales de los DD. HH. En efecto la arquitectura del Código unificado atiende a un conjunto de valores jurídicos presentes en diferentes herramientas legales que oficiaron de fuentes e inspiraron la redacción de las normas, profundamente vinculados a las garantías de los derechos fundamentales, inmanentes al Estado de derecho argentino después de la reforma constitucional de 1994. Sin embargo, lo cierto es que no sabremos cuán efectivas serán hasta tanto no sean puestas en práctica, y que aún con estos insumos, se han dejado fuera de la normativa aspectos centrales de la vida civil que merecían atención.<sup>25</sup>

Tradicionalmente, señalábamos que la función de los derechos fundamentales estaba limitada a las relaciones verticales, confinada por tanto al derecho público. Principalmente su rol era de protección y defensa de los Derechos y las libertades individuales o la privacidad, contra la interferencia o discriminación ilegítima, generando obligaciones positivas para los Estados. Sin embargo, hoy en día existe un creciente discurso relativo a la influencia de los derechos fundamentales en el derecho privado. Este proceso es usualmente llamado, constitucionalización de derecho privado y se lo define a partir del influjo de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados, con diferentes manifestaciones según la manera en que estos derechos interactúan.<sup>26</sup> Sin embargo, como es de esperarse, “la cuestión sobre si esta influencia es normativamente deseada no engendra una respuesta unívoca, pues abre las puertas a múltiples preocupaciones y observaciones”.<sup>27</sup> Desde la filosofía del derecho, se ha señalado incluso que

<sup>25</sup> En sentido general, se ha criticado la regulación en materia de derecho de la propiedad y el acceso a la vivienda, así como la regulación de la propiedad de las comunidades aborígenes; y en relación al DIPr la eliminación del capítulo relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras que estaba incluido en el texto elevado a la Comisión.

<sup>26</sup> Se identifican así relaciones verticales y horizontales con efectos directos e indirectos.

<sup>27</sup> Trstenjak, V., *op. cit.* Ahí, el autor señala que “[a] menudo, los Derechos fundamentales juegan un rol importante en la jurisprudencia de Derecho civil, a través de las interpretaciones de las reglas de Derecho privado a partir de ese prisma. Sin embargo, en cuanto a su impacto en la legislación este suele ser limitado. Estas influencias pueden llamarse trasplantes de un discurso de Derechos fundamentales del Derecho público hacia la esfera privada. Algunos incluso consideran que pueden generar problemas” (p. 7). “El efecto horizontal puede ser

los DD. HH. y su justificación, desde la moralidad, importa que no sólo no puedan ser derogados, sino que además deba ajustarse a ellos toda interpretación de lo positivizado.<sup>28</sup>

En estas coordenadas, es posible ubicar el problema de la aplicación del derecho extranjero observado desde la mirada del acceso a la justicia, en el punto de inflexión entre las ramas público/privada del derecho internacional, instancia en la que los DD. HH. se convierten en bisagras o vasos comunicantes que conectan estas aristas. El velo de los derechos fundamentales sobre las normas de DIPr no debe, en este sentido, ser sólo una carta de buenas intenciones; por el contrario, debe erigirse como principio rector de las conductas de los operadores del derecho, en general, y de forma muy particular, en aquellos casos en los que se pone en juego la aplicación de normas de otros ordenamientos jurídicos. Esta lectura es la adoptada por especialistas del área en cursos de DIPr en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, como Patrick Kinsch<sup>29</sup> y Erick Jayme,<sup>30</sup> entre otros muchos destacables, quienes se han dado a la tarea de estudiar cómo el fenómeno de los DD. HH. desborda desde su lectura y funcionamiento vertical hacia una perspectiva horizontal con efectos directos e indirectos, e impacta plenamente en las relaciones privadas.

Siguiendo esta tendencia, nuestro Código unificado adopta el mentado paradigma y deja translucir en su retórica aspectos de DD. HH. a lo largo de las normas que lo componen y, en lo que nos concierne, en las reglas de DIPr incluidas, tanto las de la parte general como las de la especial, representando ello, el correlato normativo de una transformación disciplinar que busca pasar los avances discursivos del plano académico al real,<sup>31</sup> objetando

directo o indirecto. Algunos académicos son cautelosos al hacer esta diferenciación. El efecto horizontal directo es la aplicación de ciertos Derechos fundamentales de forma directa a las relaciones jurídicas entre privados. Así, ciertos Derechos fundamentales no solos directamente aplicables por las autoridades públicas pero también hasta un punto, por los individuos. El efecto horizontal indirecto, conlleva la aplicación de un Derecho fundamental a través de la influencia en la interpretación de normas de Derecho privado” (p. 8).

<sup>28</sup> Alexy, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30, 2007, traducción de Eduardo Soderó del original alemán “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, 2004, pp. 15-24.

<sup>29</sup> Kinsch, Patrick, “Droits de l’home...”, *cit.*, pp. 37-110.

<sup>30</sup> Jayme, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995.

<sup>31</sup> Fernández Arroyo, Diego P., *Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días*, Bogotá, Grupo editorial Ibañez-Universidad de La Sabana, 2012, p. 33.

las soluciones que desatienden los problemas concretos de la resolución de los casos internacionales del derecho privado.<sup>32</sup>

Ahora bien, el acceso a la justicia puede ser caracterizado como un tríptico en el que se representan los momentos críticos en la resolución de un caso internacional: la identificación de los jueces o árbitros competentes, la determinación del derecho aplicable y, el reconocimiento y ejecución de las decisiones, aspectos cuya resolución se vincula con el fin último de la disciplina; esto es, el de encontrar soluciones justas para casos multinacionales.

En lo que respecta al Sistema de Protección Universal de los Derechos Humanos, el acceso a la justicia como derecho humano fue consagrado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada en diciembre de 1948 (artículos 8 y 10). En el año 1966 fue incorporado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14). Por su parte en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos humanos de la OEA, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 lo estableció en sus artículos XVIII y XXIV, para luego incluirlo en el conjunto de derechos civiles consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, tal cual consta en los artículos 8 y 25. En el plano de los Estados nacionales latinoamericanos, las Constituciones de todos los países dedican uno o varios artículos a la consagración del mencionado derecho.

Así las cosas, en cuanto a la aplicación del derecho extranjero se observa que este problema central del DIPr representa una manifestación sustancial del mentado derecho fundamental, hundiendo sus raíces en el debido proceso que informa el devenir de todo caso judicializado. Al decir esto, no pretendemos avanzar sobre problemas propios del proceso internacional, como la información y la prueba del derecho extranjero, pero entendemos que las decisiones y posicionamientos que se tomen en el plano de la determinación de la naturaleza y carácter que reviste el derecho extranjero impactan de forma determinante en su operatividad y, en consecuencia, en el acceso a la justicia. En efecto, existe un correlato directo entre la caracterización de este derecho foráneo y su incorporación al proceso judicial en el que se busca la resolución del conflicto.

Las vinculaciones en torno al DIPr y los DD. HH. pueden ser observadas en diferentes planos, quizás el más ostensible de ellos tenga que ver con el derecho de familia; sin embargo, no es posible soslayar su desborde hacia otras aristas de la materia. Mucho de ello se observa también en la arqui-

<sup>32</sup> Uzal, M. E., *op. cit.*, p. 247.

itectura del CCC unificado argentino, el cual, señalábamos, ha sido innegablemente atravesado por este nuevo paradigma “humanizador” del derecho y que responde al proceso de constitucionalización del derecho privado originado en la reforma constitucional de 1994. La mirada sobre la disciplina desde este prisma, no sólo nos permite hacer una relectura de la materia, sino que habilita al mismo tiempo su apertura hacia una serie de problemas que, por haber quedado originariamente “despolitizada”, ha dejado de observar o atender de forma sistemática y pormenorizada.<sup>33</sup>

La materialización del proceso de humanización del derecho privado ha dado lugar a la irrupción a una arquitectura legal en relación con los DD. HH., y se ha hecho eco de las vinculaciones existentes entre las aristas pública y privada del propio derecho. Las normas dedicadas en el CCC al DIPr, no ajenas a esta impronta, manifiestan un florecimiento de esta perspectiva, circunstancia que se evidencia con ciertas manifestaciones más o menos ostensibles de ello y que no sólo tienen que ver con aspectos procesales de los casos multinacionales, donde siempre resulta más fácil observar la efectivización del derecho de acceso a la justicia, sino también en normas específicas relativas al derecho aplicable que ordenan la ponderación de resultados y la justicia en las decisiones por sobre otras conexiones posibles. Kinsch ha señalado el carácter inevitable de esta imbricación entre DIPr y DD. HH., circunstancia que:

puede ser percibid[a] con rechazo por quienes se inclinan nostálgicamente por una época anterior de oro, en la cual las reglas de DIPr eran desarrolladas por un proceso de aprendizaje de siglos, que resultaba intocable por los que eran —y probablemente aún sean— esencialmente conceptos de Derecho público, tales como las garantías constitucionales de DD.HH o el reconocimiento de estos Derechos estipulados en tratados y ejecutados internacionalmente.<sup>34</sup>

De igual forma, abundan los solapamientos entre disposiciones y directrices del DIPr y los DD. HH., en cuanto a la tarea judicial y a la manera en que deben resolverse los casos internacionales o los aspectos que deben tomarse en consideración a la hora de resolver una controversia. Es aquí donde radica nuestro interés. En efecto, la reforma atiende a este conjunto de principios

<sup>33</sup> En este sentido, véase Muir Watt, H. y Fernández Arroyo, Diego P., *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

<sup>34</sup> Kinsch, P., “The impact of human rights...”, *cit.*



rectores considerando también la multiplicación de relaciones jurídicas de carácter transnacional fomentadas por el avance de la tecnología y la harto referenciada globalización. Así lo ha señalado Uzal, apuntando que:

el Código se hace cargo de la incidencia del fenómeno de la globalización como factor multinacionalizador, no sólo de las relaciones comerciales o de los negocios, sino de la vida cotidiana de los hombres, que impone la necesidad de una articulación entre los sistemas de Derecho internacional privado, ya de fuente internacional ya de fuente interna.<sup>35</sup>

Los avances en este sentido son el fruto de “consensos ya alcanzados a través de múltiples instrumentos internacionales existentes”,<sup>36</sup> manifestaciones de madurez institucional y jurídica en torno a procesos, y fenómenos sociales que innegablemente atraviesan a las sociedades postindustriales.

La Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP), a través de las voces de sus miembros y de sus trabajos, ha apuntado con buen tino que:

Los procesos de universalización de la justicia y los Derechos constitucionales, se ven catalizados y determinados por idénticos procesos de configuración de los valores jurídicos internacionales sobre los DD. HH., a través de convenciones internacionales, jurisprudencia de cortes internacionales de DD. HH., declaraciones de organismos internacionales y doctrina especializada en la materia, configurando el Derecho internacional de los DD. HH. La penetración de los DD. HH. en el ámbito de las relaciones internacionales, tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas y el inicio de su desarrollo progresivo en ese ámbito, tiene como base la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.<sup>37</sup>

Entre las múltiples disposiciones incorporadas a este articulado que sistematiza ahora las reglas generales del DIPr, se han incluido directivas relativas a la aplicación del derecho extranjero, siendo fuente de estos párrafos ciertas normas internacionales vigentes para la Argentina, como la CIDIP

<sup>35</sup> Uzal, M. E., *op. cit.*, pp. 247 y ss.

<sup>36</sup> *Idem.*

<sup>37</sup> Ochoa Muñoz, J. L. y Madrid Martínez, C., “Problemas de acceso transnacional a la justicia en el derecho internacional privado. Perspectiva latinoamericana”, *XLI Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos*, Washington, OEA, 2014, p. 312.

II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de Montevideo 1979, y los Protocolos Adicionales a los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, con algunos giros o cambios menores en las expresiones que, ha señalado alguna doctrina, podrían representar un problema futuro.<sup>38</sup> En efecto, las interpretaciones sobre el tema no son pacíficas, ni tampoco lo es la jurisprudencia al respecto.<sup>39</sup>

### III. LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO COMO PROBLEMA GENERAL

El problema que nos atañe se vincula estrechamente con el funcionamiento de la norma de conflicto, toda vez que este tipo de disposiciones tienen por función señalar el ordenamiento según el cual, habrá de resolverse el conflicto descrito en el tipo legal de la disposición. Tal circunstancia requiere determinar dos aspectos centrales, a saber: la calidad que reviste el derecho extranjero aplicable y el tratamiento que se le debe dar.<sup>40</sup> La aplicación del derecho extranjero en el foro supone “la última fase del método de atribución e implica que la realización del proyecto de reglamentación, contenido en la norma de conflicto, no ha quedado distorsionado”<sup>41</sup> y se vincula íntimamente con el de la caracterización de aquél como un hecho o como verdadero derecho.

Sobre ello, Juenger apunta que esta mirada responde a:

una dificultad endémica del sistema clásico... que se basa en la hipótesis de la igualdad esencial de todos los ordenamientos jurídicos, necesariamente asume que los jueces son igualmente capaces de aplicar Derecho extranjero o Derecho local. Esto

<sup>38</sup> All, Paula M. y Albornoz, Jorge R., “Art. 2595”, en Rivera, Julio Cesar y Medina, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, La Ley, 2015.

<sup>39</sup> All, Paula M. y Fernández Arroyo, Diego P., “Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado”, *Congreso XIX de la Academia Internacional de Derecho Comparado*, 2014, pp. 103-133.

<sup>40</sup> Dreyzin de Klor, Adriana, *El derecho internacional privado actual*, t. 1, Buenos Aires, Zavalía, 2015, pp. 217 y ss.

<sup>41</sup> Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

puede haber sido verdad en la Italia medieval, donde los *statuta* de las diferentes ciudades no diferían radicalmente entre sí, el latín era el idioma jurídico común y el *ius commune* proporcionan un marco de referencia compartido por todos.<sup>42</sup>

Pero lo cierto es, continúa, que “las cuestiones son más difíciles cuando los tribunales deben enfrentarse con normas formuladas en lengua extranjera, y producidas por una cultura jurídica diferente”.<sup>43</sup> Todavía más, apunta que:

[o]bviamente ningún juez conoce todos los Derechos del mundo, como máximo, puede esperar que se sienta familiar con el suyo propio. El juez como un arquitecto contribuye a la evolución de su propio ordenamiento jurídico pero cuando trata con Derecho extranjero actúa como un mero fotógrafo. La suposición de los multilateralistas de que existe una paridad ente el Derecho extranjero y la *lex fori*, es por lo tanto insostenible. Aún peor, la pretensión de que los tribunales son todos iguales, tanto los locales como los de los ordenamientos jurídicos, produce una justicia inferior en casos internacionales.<sup>44</sup>

En su Curso general de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Jänterä-Jareborg señala que “el solo prospecto de tener que aplicar Derecho extranjero confronta al juez y a las partes con problemas que están ausentes cuando la ley que resulta aplicable es la del foro”. A efectos ilustrativos menciona un pasaje de Merryman<sup>45</sup> en el que aquél asemeja esta situación

...con la de un viajero que decide quedarse en casa luego de contemplar un largo, peligroso y costoso viaje que bien podría terminar en un destino equivocado. Se pregunta si no será más fácil ignorar el componente de Derecho internacional y la responsabilidad del Estado que actúa claramente nos impide hacer esto.<sup>46</sup>

La cuestión del derecho aplicable concierne, decíamos, al problema de qué ley debe ser aplicada en un caso donde un tribunal debe resolver un caso

<sup>42</sup> Juenger, F., *Derecho internacional privado y justicia material*, trad. de Diego P. Fernández Arroyo y C. Fresnedo de Aguirre, México, Porrúa, 2006, p. 91.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 95.

<sup>45</sup> Merryman, J. H., “Foreign Law as a Problem”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 1983, pp. 151-173.

<sup>46</sup> Jänterä-Jareborg, M., “Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective”, *Recueil des Cours*, t. 304, 2003, pp. 181-386.

con elementos extranjeros. Para determinar la ley aplicable, un tribunal nacional observará sus normas de conflicto y éstas le indicarán el derecho de su foro o el de otro Estado, o inclusive normas uniformes para el caso.<sup>47</sup> En este sentido, señala Basedow, el DIPr es confrontado, en primer lugar, con el problema o aspecto fundamental de la tolerancia *versus* el derecho de una jurisdicción extranjera:

¿hasta qué punto debe un tribunal dar efecto a las leyes adoptadas por otro Estado?... Esta cuestión lidia mayormente con el respeto por la expectativa de las partes, de que su relación jurídica estará gobernada por la ley de una jurisdicción extranjera específica. Balancear las expectativas de las partes es el propósito de la disciplina, tal como lo es en otras áreas del Derecho. La voluntad de honrar esas expectativas mediante la aplicación del Derecho extranjero, bien puede ser considerada como un progreso civilizatorio.<sup>48</sup>

Bogdan llama la atención sobre “un problema clásico largamente debatido entre especialistas de DIPr” vinculado profundamente con la problemática aquí analizada y que “refiere a si los tribunales deben aplicar la normas de conflicto del foro, y en consecuencia el Derecho extranjero designado por tales normas *ex officio* o si deben desestimar tales normas y aplicar la *lex fori* salvo que la aplicación de tal ley sea requerida por alguna de las partes”<sup>49</sup> pues, en efecto:

la diferencia entre tratar al Derecho extranjero como Derecho o como hecho tiene múltiples consecuencias en diferentes aspectos más allá de si éste debe ser aplicado de oficio o a pedido de parte por los jueces competentes, por ejemplo, la cuestión sobre si es la corte o las partes las que deben probar el contenido del Derecho foráneo, si una aplicación errónea de éste puede ser apelada e inclusive si la imposibilidad de probar el contenido del Derecho extranjero conduce a desechar el caso, a la aplicación de la *lex fori* o a otra clase de consecuencia.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Kiestra, Louwrens R., *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press-Springer, 2014, pp. 149 y 150.

<sup>48</sup> Basedow, J., *op. cit.*, p. 85.

<sup>49</sup> Bogdan, M., “Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law”, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International Privé de La Haye*, vol. 348, 2011, p. 92.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 93.

En cuanto el sistema jurídico argentino, señalan All y Fernández Arroyo que “el carácter imperativo de las reglas de conflicto en el sistema de DIPr argentino, tanto en su dimensión autónoma como en la dimensión internacional, está fuera de duda. Los jueces no pueden evitar aplicar las reglas de conflicto cuando una relación jurídica queda regulada por el ámbito de aplicación de alguna de ellas”,<sup>51</sup> tal como ha sido señalado en la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, 27/02/1984, *Deutsche Reiseburo, G.M. c. Speter, Armando*. En esta instancia, apuntan los autores que:

la Cámara sostuvo que la carga de la invocación del Derecho extranjero no previene a los jueces de aplicar el Derecho extranjero cuando las normas de conflicto referidas lo imponen. De otra manera, la aplicación de reglas de conflicto irrevocables, permanecerían sujetas a la discreción de las partes, quienes tendrían el poder de invocar o no el Derecho extranjero indicado por la norma de conflicto argentina.<sup>52</sup>

Ahora bien, respecto a la nueva disposición del CCC se ha señalado que:

las partes pueden alegar y probar el Derecho pero el juez establece el contenido de ese Derecho. Si el principio fuera la oficiosidad, la observación de las partes será ante una instancia distinta a la del juez, puesto que primordialmente el Derecho extranjero se “establecerá” en la sentencia. En cambio, si el principio es dispositivo, la fórmula cobra mayor sentido, pues impone a las partes la alegación y prueba del Derecho extranjero que el juez, sin embargo, no está obligado a seguir con carácter apodíctico, pues es él quien *establece su contenido*.<sup>53</sup>

Así las cosas, la vinculación entre la aplicación de oficio; esto es, sin la necesidad de una acción específica para lograr su operatividad, de las normas de conflicto, se presenta, en rigor de verdad, como consecuencia de su carácter imperativo en tanto disposición de un ordenamiento jurídico cualquiera. Sin embargo, y llevado al plano de la operatividad de las normas en el nuevo Có-

<sup>51</sup> All, Paula M. y Fernández Arroyo, Diego P., *op. cit.*, p. 103.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p. 104.

<sup>53</sup> Menicocci, Alejandro, “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdova, Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2014, p. 198.

digo, toda vez que el derecho procesal distingue entre cuestiones de hecho y de derecho, los efectos de este clivaje importan en las formas en que cada una de esas categorías se introducen al proceso: los hechos deben probarse mientras que el derecho se presume conocido, “la discusión se enraíza usualmente en el problema de si el Derecho extranjero debe ser tratado como Derecho o como un mero hecho, pero tal clasificación conceptual general, no resuelve realmente el problema en toda su complejidad”.<sup>54</sup>

De igual manera es relevante, en tanto las decisiones de un tribunal inferior pueden ser alteradas no en cuestiones de hechos probados, pero sí en lo que refiere a la aplicación del derecho. La consecuencia de lo dicho es simple: “el Derecho extranjero confronta al juez con un dilema, por un lado su carácter normativo es obvio, pero por otro lado su contenido, y aquí está el paralelo con la cuestión fáctica, es desconocida para el juez”.<sup>55</sup> Al respecto, señala Fernández Rosas:

el principio *iura novit curia* no opera en principio, para el Derecho extranjero. Sin embargo, tampoco el Derecho extranjero tiene la consideración procesal de un simple hecho, al menos en todas las hipótesis. Los hechos una vez probados, siguen siendo hechos. Sin embargo el Derecho extranjero debidamente acreditado se erige en auténtico Derecho, que va a ser aplicado por el juez para resolver la controversia.<sup>56</sup>

Particularmente, sobre la redacción del artículo 2595, literal a, se ha dicho que cuando el legislador “establece”, en realidad lo que este puede hacer es “constatar, averiguar, verificar, pero no establecer”.<sup>57</sup> Pese a que lo ideal

<sup>54</sup> Bogdan, M., *op. cit.*, p. 93.

<sup>55</sup> Hausmann, Rainer, “Pleading and Proof of Foreign Law. A Comparative Analysis”, *The European Legal Forum*, núm. 1, 2008, p. 2, disponible en: <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf>.

<sup>56</sup> Fernández Rozas, J. C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2016, p. 231.

<sup>57</sup> All, Paula M. y Albornoz, Jorge R., *op. cit.* La crítica de los autores continúa diciendo: “a renglón seguido le impone la obligación de interpretarlo como lo harían los jueces del Estado extranjero, y agrega: «sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada», lo cual queda descontextualizado, sin coherencia lógica con lo precedente. Diferente habría sido que la norma dijera que el juez aplica de oficio Derecho extranjero, «sin perjuicio...». Además, la redacción no es muy prolija, porque empieza hablando del Derecho extranjero y de inmediato refiere a él como «la ley invocada» Ciertamente es que «Derecho» y «ley» se utilizan con el mismo significado, pero también lo es que debe haber cierta armonía

sería que el legislador tomara la expresión “aplicará” y no “interpretará” de las fuentes de la norma,<sup>58</sup> lo cierto es que la misma norma debe entenderse en contexto y en relación a tales fuentes, pudiendo, quien deba aplicarlas, recurrir a ellas, e inclusive a la doctrina y jurisprudencias previas a la reforma.

Aun con esta apreciación doctrinaria,<sup>59</sup> la norma representa un relativo progreso ya que el artículo 13 y la nota del Código sustituido, parecían no dejar mucho margen de acción para un magistrado: imaginen a un juez tratando de aplicar derecho extranjero porque la jurisprudencia civil o comercial le señalaba cuán oportuno resultaría ese accionar. Seguramente se escudaría diciendo que la seguridad jurídica no da lugar a interpretaciones judiciales en desdén de una norma unívoca y que resulta demasiado trabajoso para los judiciales ocuparse de tamaña empresa.

La realidad es que todo ese razonamiento es falaz: en primer lugar, porque pese a la existencia del artículo 13, muchas decisiones de diferentes tribunales de primera instancia y de apelación, tanto civiles como comerciales, e incluso laborales, dieron con la aplicación del derecho extranjero, sin torcer la letra de ninguna ley ni emprender un “viaje” con destino incierto. Asimismo, es falaz pues aplicar la *lex fori* a un caso internacional sin más, no sólo desnaturaliza los contornos del caso multinacional sino que atenta contra el funcionamiento del sistema de DIPr en general, y la relación con el respeto por la tolerancia del elemento extranjero, al mismo tiempo que se incurre en una afectación al principio de igualdad jurídica toda vez que se desatiende al derecho de las partes a que se les aplique éste por la norma de conflicto. De igual manera, sencillamente las partes podrían evadirse de la aplicación del derecho extranjero no alegando o probando su existencia.

en la utilización del vocabulario jurídico dentro de frases o párrafos contiguos. Lo que ocurre es que se incorporó casi textualmente el «sin perjuicio...» del art. 2° del Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, que comienzan afirmando la aplicación de oficio de la ley extranjera, y casi por completo el texto del art. 2° de la CIDIP”.

<sup>58</sup> Las fuentes del nuevo texto son el artículo 2o. del Protocolo Adicional a los TMDCI de 1889 y de 1940, y los artículos 2o. y 9o. de la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979).

<sup>59</sup> También sostiene esta observación la doctora A. M. Perugini Zanetti en “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El derecho-PUCA, 2012, p. 65, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>.

Finalmente, es falaz (y hasta perverso) porque en pleno siglo XXI, la era de las comunicaciones, de la globalización y de la híper especialización del trabajo (¡inclusive del judicial!) nos llevan a pensar que son muy bajas las posibilidades de un juez que no tenga acceso a una biblioteca más o menos extensa que le permita investigar la aplicación de la ley foránea.

En términos generales la norma contenida en el artículo 13 del Código derogado, decíamos, se inscribe en una de las formas de regular la aplicación del derecho extranjero, esto es, aquella que lo equipara a un hecho y como tal corresponde en el proceso su alegación y prueba, y excusa al juez del principio consagrado en el adagio *iura novit curia* que campea en todo aquello concebido como derecho a secas. Esta concepción o construcción fue la que inspiró a la mayoría de las regulaciones decimonónicas y que aún ordena en países cuya tradición jurídica compartimos, como es el caso de España.<sup>60</sup> Sin embargo, entrado el siglo XX, las reformas sucedidas en ordenamientos vecinos e incluso en aquellos allende la mar, como en los países de la Unión Europea (UE), transformaron su regulación, recibiendo aquella que lo consideraba derecho, y como tal, comprendido dentro de aquel principio.<sup>61</sup>

Con todo, la norma consagra en el cuerpo legal del Código la teoría del uso jurídico. Como es sabido, la mentada teoría supone que el derecho extranjero aplicable al proceso es un hecho notorio, lo que no significa que todo el mundo lo conozca, sino que todos pueden informarse sobre éste de manera fidedigna. En consecuencia, el juez debe aplicarlo, sin perjuicio de que las partes puedan alegar o aportar todas las pruebas que consideren oportunas, procurando que la decisión a la que se arribe, emule la probable sentencia del juez extranjero. En otras palabras, se busca reproducir con el máximo grado de probabilidad la sentencia que dictaría el juez extranjero si tuviera de resolver el caso en su jurisdicción.<sup>62</sup>

<sup>60</sup> Hausmann, R., *op. cit.* El autor realiza un estudio comparativo de las soluciones ofrecidas por las diferentes legislaciones nacionales europeas.

<sup>61</sup> Véase el informe redactado por la profesora Veerle Van Den Eeckhout, sobre Holanda, "European Project: The Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities", 2009, disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1662313>; Swiss Institute of Comparative Law *et al.*, "The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future", 2009, disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c92e8d95-ac55-4c9c-91b6-36a5a7564838>.

<sup>62</sup> Dreyzin de Klor, A., *op. cit.*, pp. 217 y ss.



#### IV. PARA MUESTRA, UN BOTÓN

Dentro de la jurisprudencia reciente sobre el tema, y a efectos ilustrativos del impacto de aquello que señalábamos en párrafos anteriores sobre la trascendencia de la conducta de los jueces frente a casos internacionales, seleccionamos un caso en el que se observa la aplicación del derecho extranjero ordenado por la norma de conflicto de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 2595, primera parte.<sup>63</sup>

La sentencia de referencia es la pronunciada por la Cámara Primera de la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, de Paz, Minas, Tributario y Familia, en el caso *F, M.C. C/ K., M. P/ Alimentos Provisorios—Compulsa*.<sup>64</sup> Aunque la decisión habilita diferentes tipos de análisis dada la multiplicidad de temas que se ponen en cuestión y, aunque se ha planteado la posibilidad de dar con otras soluciones para el caso de marras,<sup>65</sup> tomamos como referencia sólo el aspecto referido a la aplicación del derecho extranjero; es decir, a la tarea realizada por el tribunal en aras de cumplimentar con la obligación impuesta por las normas del ordenamiento argentino.

<sup>63</sup> En rigor de verdad, otras decisiones de tribunales nacionales podrían ser utilizadas para estudiar el fenómeno; sin embargo, la selección del caso busca mostrar cómo opera la norma del nuevo CCC.

<sup>64</sup> Publicado en: *RCCyC*, septiembre de 2015, p. 102; *LL Gran Cuyo*, noviembre de 2015, p. 1129; *LL Gran Cuyo*, diciembre de 2015, p. 1149 con nota de Paola María Petrillo; *ED* 01 de diciembre de 2015, p. 3; *RCCyC*, diciembre de 2015, p. 252 con nota de Luciana Scotti. *AR/JUR/27854/2015*.

<sup>65</sup> En este sentido se ha señalado que: “[el caso] por un lado, plantea algunas cuestiones novedosas; por otro, recoge y profundiza temas siempre interesantes dentro de la problemática alimentaria. Resalta la finalidad y la urgencia de las prestaciones cuando los beneficiarios son niños, analiza los criterios de cuantificación de los alimentos provisorios, se detiene en la naturaleza de la obligación alimentaria como deuda de valor y su determinación en moneda extranjera aunque faculta al deudor a cumplir en pesos, realiza el estudio del caso internacional y determina el Derecho internacional privado aplicable y su contenido, analiza el carácter incompensable de los alimentos, y reconoce el Derecho al contacto fluido de los hijos con el progenitor, incluso en situaciones con aristas de internacionalidad”, Véase Molina de Juan, Mariel F. y Rubaja, Nieve, “Una sentencia de alimentos que recoge las disposiciones de derecho internacional privado del Código Civil y Comercial Autores”, *RCCyC*, febrero de 2016, pp. 1-6.

El caso, iniciado bajo la vigencia del Código de Vélez, ordenó, en primera instancia, el pago de alimentos provisorios al demandado, con residencia en Alemania, en pesos argentinos (\$3,000). Para hacerlo, el tribunal decidió aplicar las normas correspondientes a la materia del derecho argentino de fuente interna (artsículos 265, 267, 270 y 375 del CC). El monto fue fijado en pesos argentinos, pues en el entendimiento del tribunal, esta era la moneda de curso legal en el país en el cual se buscaba dictar sentencia y como es habitual, “las medidas urgentes han de resolverse de acuerdo con el Derecho que mejor conoce el juez de la causa, es decir, nuestro país”. En el mismo sentido consideró “que el hecho de que en la República Alemana exista una tabla de parámetros mínimos de fijación de alimentos, no significa que la ley alemana sea la más favorable”. La actora atacó la resolución de primera instancia alegando que la cuestión debió ser resuelta según las reglas del derecho interno alemán, en tanto la normativa aplicable establece que el monto alimentario queda regulada por el Derecho del domicilio del demandado, si fuera más favorable a la pretensión del acreedor alimentario (haciendo referencia al artículo 2630 del CC). En el caso, la aplicación del derecho alemán importaba en la utilización de las denominadas tablas de Düsseldorf que permiten tabular las prestaciones alimentarias. Por su parte, el demandado también expresó agravios, por considerar excesivo el monto ordenado como alimentos provisorios, ofreciendo argumentos en este sentido.

Llegada la controversia a la Cámara el tribunal decidió revocar la decisión del *a quo*. Para hacerlo, observó que Argentina se encuentra vinculada con Alemania por la Convención de New York sobre la obtención de alimentos en el extranjero, adoptada por Naciones Unidas, y vigente desde enero de 1962. La Convención referida no contiene una norma que aplique el criterio *favor alimentari* para determinar la legislación aplicable. En cambio, sí establece que “...la ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de las mismas será la ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho internacional privado de ese Estado” (artículo 6.3). De acuerdo con el texto de la Convención, concluye el tribunal, a los fines de resolver sobre el derecho alimentario de los niños causantes respecto de su progenitor extranjero, resulta aplicable el ordenamiento jurídico alemán, no por ser éste más favorable a la pretensión alimentaria, sino por ser la ley del Estado del demandado.

Es necesario destacar que, al tiempo de la apelación el CCC se encontraba vigente. La nueva normativa aplica el criterio de *favor alimentari* tanto para determinar la jurisdicción (artículo 2629) como el derecho aplicable (artículo 2630). El último artículo, norma de conflicto materialmente orientada, dispone que “el Derecho a alimentos se rige por el Derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario”.

De acuerdo a las estipulaciones del CCC, el tribunal señala la importancia de atender a la obligación contenida en el inciso a del artículo 2595, por el que se ordena a los jueces, cuando el derecho extranjero resulta aplicable, a establecer su contenido y a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese derecho pertenece. La norma, lógicamente, no estaba vigente cuando se resolvió el caso en primera instancia, por lo cual la aplicación del derecho extranjero se regía por el artículo 13 del anterior Código Civil. Corresponde resaltar en este momento que, pese a la regulación dispuesta por Vélez Sarsfield, la incorporación de convenciones y protocolos internacionales al ordenamiento jurídico argentino, así como los esfuerzos de la doctrina en este sentido, han dejado sin efecto la otrora categórica calificación del artículo 13 sobre la naturaleza de derecho extranjero.

Con todo, el tribunal de alzada, siguiendo los designios de la nueva normativa y a efectos de salvar la barrera idiomática, recurrió a la información ofrecida por organismos internacionales (como la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil, de la Comisión Europea) y trabajos de doctrina en español, comparando, inclusive, las soluciones ofrecidas por la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, con la nacional. La decisión del tribunal dio lugar, parcialmente, a los reclamos de la apelante en cuanto sostuvo que la prestación alimentaria a favor de sus hijos, y a cargo del demandado, debía ser determinada por aplicación de la legislación alemana aplicando para ello las tablas de Düsseldorf, como pauta orientadora. Resulta destacable no sólo el respeto por el elemento internacional que signa el caso, sino especialmente “el empeño del tribunal en este punto por dar cumplimiento con la directiva que le imponía la aludida norma y seguir con el razonamiento allí indicado.”<sup>66</sup>

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 5.

## V. A MODO DE CIERRE: IGUALDAD ANTE LA LEY Y APLICACIÓN EFECTIVA DEL DERECHO EXTRANJERO

But “law” is also imagination, representation, and description of reality.

Boaventura de SOUSA SANTOS

Decíamos al comienzo de este opúsculo que era de nuestro interés observar cómo la aplicación del derecho extranjero redundaba en la materialización del derecho de acceso a la justicia, especialmente si visualizamos a los derechos fundamentales como bisagras que ayudan a abrir las puertas para una mejor integración de las fuentes del derecho. Al mismo tiempo, esta vinculación entre DIPr y DD. HH. evoca la idea de comunicación entre normas y ordenamientos jurídicos; esto es, las vinculaciones entre los diversos ensamblajes de reglas e instituciones jurídicas, cuyo funcionamiento pone de resalto la importancia de los intercambios y de las influencias recíprocas en la materia.<sup>67</sup>

La vinculación entre el correcto funcionamiento y aplicación de la norma de conflicto, es, a nuestro entender, un requisito fundamental que vuelve asequible el principio de igualdad jurídica y de acceso efectivo a los tribunales, toda vez que la solución justa y equitativa de los casos internacionales requiere de respeto. En verdad, señala Basedow:

no se trata de una cuestión de tolerancia frente a un Estado extranjero dado que la tolerancia como una forma de interacción humana es un comportamiento que debe ser percibido por otra parte de forma tal que sea reconocida como tal. Balancear las expectativas de las partes es el propósito de esta disciplina. Así, la voluntad de honrar esas expectativas a través de la aplicación del Derecho extranjero puede bien considerarse como una forma de progreso de la civilización humana.<sup>68</sup>

La vinculación entre las relaciones del DIPr con los DD. HH. al momento de resolver una controversia, enseña Kinsch:

<sup>67</sup> D’Avout, L., “Droit fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé”, en Dubout, Edouard y Touzé, Sébastien, *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pédone, 2010.

<sup>68</sup> Basedow, J., *op. cit.*, p. 85.

puede ser percibido con lamento por aquellos inclinados por el sentimiento nostálgico de una etapa previa *de oro*, en la que las reglas de DIPr eran desarrolladas en las decisiones judiciales se inspiraban en el aprendizaje de siglos de Derecho privado y completamente desvinculadas de lo que fueron originalmente y probablemente aun lo sean, conceptos del Derecho público, como lo son los Derechos fundamentales garantidos por la constitución o los DD. HH. reconocidos y obligatorios por tratados internacionales.<sup>69</sup>

No obstante, lo cierto es —continúa— que “objetivamente no hay razón por la cual las reglas o métodos del DIPr estén exentos del alcance de los DD. HH. o sean inmunes a tales revisiones constitucionales o internacional”.<sup>70</sup> A entender del autor, en efecto, “la determinación del Derecho aplicable a un caso internacional es una operación rutinaria dentro del campo que requiere una técnica muy refinada y una vacilación permanente entre la primacía de la justicia del DIPr y la justicia material”,<sup>71</sup> cualquier sistema de DIPr sería intrascendente si no pudiera asegurar la aplicación de la ley extranjera de forma efectiva. Así pues, los sistemas de DIPr buscan, entre otros objetivos, la coordinación de los diferentes ordenamientos y, por tanto, el éxito en este propósito, así como su eficiencia, dependen en cierta medida de que puedan garantizar que la ley designada será efectivamente aplicada.

En resumidas cuentas, la cuestión está marcada por procesos de interdependencia económica, vinculaciones sociales y culturales en contextos de creciente integración regional que han condicionado y cuestionado el modelo según el cual la vida y los negocios deben quedar confinados dentro de los parámetros de un mismo sistema legal: situaciones personal, de familia o comerciales conectadas con más de un país y con más de un sistema legal son, hoy en día, moneda corriente. Como resultado, señala van Loon “contar con información sobre legislación extranjera, se constituye hoy como un recurso cada vez más básico dentro de la *caja de herramientas* para garantizar la seguridad y la certeza en la aplicación del Derecho extranjero”.<sup>72</sup> Más aún, dice Basedow:

<sup>69</sup> Kinsch, P., “The impact of human rights...”, *cit.*, p. 198.

<sup>70</sup> *Ibidem*, pp. 198 y 199.

<sup>71</sup> *Idem*.

<sup>72</sup> Conferencia de La Haya de DIPr.

si consideramos a las leyes como herramientas de una ingeniería social dispuestas para transformar la realidad (en este caso la realidad de las relaciones y transacciones internacionales) una respuesta satisfactoria a la cuestión práctica de la aplicación del Derecho extranjero no es menos importante que la tolerancia básica y la predisposición a aplicar esa ley extranjera.<sup>73</sup>

En este sentido, en el Informe de la Organización de los Estados Americanos relativo a los llamados derechos de segunda generación; es decir, derechos económicos, sociales y culturales, se ha señalado que:

[e]l Derecho Internacional de los DD. HH. ha desarrollado estándares sobre el Derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los Derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es sólo negativa —de no impedir el acceso a esos recursos— sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos. A tal efecto, los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia.<sup>74</sup>

Autores como Cappelletti y Garth abordan el problemática del acceso a la justicia desde una mirada eminentemente práctica señalando que:

[a]unque el acceso efectivo a la justicia ha sido cada vez más aceptado como un Derecho social básico en las sociedades modernas, el concepto de “eficacia” sigue siendo un tanto vago. La eficacia óptima en el contexto de una ley sustantiva dada podría expresarse en una completa “igualdad de armas”: la garantía de que el resultado, en última instancia, depende solamente de los relativos méritos jurídicos de cada una de las partes adversas, sin relación con otras indiferencias que sean ajenas a la fuerza legal y que, sin embargo, en el aspecto práctico sí afectan la aplicación y justificación de los Derechos jurídicos. Esta igualdad perfecta, por supuesto, es utópica porque, como ya lo hemos indicado, las diferencias entre las partes nunca se pueden erradicar por completo. La cuestión es saber hasta dónde debemos

<sup>73</sup> Basedow, J., *op. cit.*, p. 85.

<sup>74</sup> OEA, “Resumen ejecutivo: el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesci-ii.sp.htm>.

tratar de llevar ese objetivo utópico, y a qué costo. En otras palabras, ¿Cuántas “barreras” para lograr la igualdad efectiva se deben y se pueden atacar?<sup>75</sup>

El caso reseñado en el que el componente internacional era ostensible y manifiesto, busca llamar la atención sobre cuán relevante será el rol de los magistrados en este tipo de contiendas en tanto la reforma ha impuesto sobre ellos una obligación, una tarea de suma trascendencia cuando corresponda aplicar derecho extranjero. En el estado actual del derecho y de la era de las comunicaciones, “las pruebas de las leyes extranjeras no pueden ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes”,<sup>76</sup> y en ese sentido, los jueces no deberían sentir que se enfrentan a una tarea hercúlea cuando un caso internacional llega a sus estrados. Jürgen Basedow pone el acento sobre lo que él llama “la infraestructura de la justicia en una determinada jurisdicción” y que se compone tanto por la educación legal, como por la accesibilidad lingüística al derecho, la metodología legal, las características de un sistema judicial, la profesión jurídica, los procedimientos y las leyes sustanciales, que constituyen una unión.<sup>77</sup> A su entender, “la aplicación de la ley extranjera no es difícil sólo porque faltan fuentes de información, porque inadecuadas habilidades lingüísticas o por insuficiente educación legal del personal judicial, sino porque requiere un gran consumo de tiempo.”<sup>78</sup>

Lo cierto es que como toda tarea educativa y de aprehensión, se requieren herramientas que simplifiquen y, aceleren la investigación y aplicación del derecho extranjero sin que eso signifique dejar tamaña tarea en manos de las partes interesadas. La norma del artículo 2595 del CCyC será útil en tanto esté acompañada de otros dispositivos concretos que permitan garantizar el acceso a la justicia y la a igualdad jurídica sin afectar el normal funcionamiento del poder judicial, resolviendo la tensión que este punto generará en torno a la correcta administración de justicia.

<sup>75</sup> Cappelletti, M. y Garth, B., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de M. Miranda, México, FCE, 1996, p. 14.

<sup>76</sup> Tellechea Bergman, Eduardo, “Una cuestión de creciente actualidad, la aplicación del derecho extranjero”, 2014, p. 3. Disponible en: [www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-Derecho-extranjero.pdf](http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-Derecho-extranjero.pdf).

<sup>77</sup> Basedow, J., *op. cit.*, p. 86.

<sup>78</sup> *Idem.*

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30, 2007, traducción de Eduardo Soderó del original alemán “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 52, 2004.
- ALL, Paula M. y ALBORNOZ, Jorge R., “art. 2595”, en RIVERA, Julio Cesar y MEDINA, Graciela (dirs.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. VI, La Ley, 2015.
- ALL, Paula M. y ALBORNOZ, Jorge R., “Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado”, *Congreso XIX de la Academia Internacional de Derecho Comparado*, 2014.
- BASEDOW, Jürgen, “The Application of Foreign Law-Comparative Remarks on the Practical Side of Private International Law”, en BASEDOW, Jürgen y PISSLER, Knut Benjamin (eds.), *Private International Law in Mainland China, Taiwan and Europe*, Mohr Siebeck, 2014. Resumen disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2535728](http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2535728).
- BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, México, FCE, 2014.
- BOGDAN, M., “Private International Law as Component of the Law of the Forum: General Course on Private International Law”, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International Privé de La Haye*, vol. 348, 2011.
- BOGGIANO, Antonio, “El Código Civil y Comercial y el derecho internacional público y privado”, *La Ley*, 2015.
- BOGGIANO, Antonio, “Los derechos humanos en el derecho internacional privado y en el derecho de las relaciones entre los ordenamientos jurídicos”, *La Ley*, 2012.
- CAPPELLETTI, M. y GARTH, B., *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, trad. de M. Miranda, México, FCE, 1996.
- CLAPHAM, Andrew, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford-New York, Oxford University Press, 1996.
- CUTLER, Claire, “Artifice, Ideology and Paradox: the Public/Private Distinction in International Law”, *Review of International Political Economy*, vol. 4.2, 1997.



- D'AVOUT, L., "Droit fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé", en DUBOUT, Edouard y TOUZÉ, Sébastien, *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*, París, Pédone, 2010.
- DE BOER, Ted M., "Living Apart Together; the Relationship between Public and Private International Law", *Netherlands International Law Review*, vol. 57, núm. 2, 2010.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional privado actual*, t. 1, Buenos Aires, Zavallía, 2015.
- FAUVARQUE-COSSON, B., "Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux", *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 52, núm. 4, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Argentina: Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado para la República Argentina". Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2014/10/29/argentina-observaciones-al-nuevo-dipr-para-la-republica-argentina/>.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Aspectos generales y particularidades relevantes de la nueva dimensión interna del derecho internacional privado argentino", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, núm. extraordinario: "Claves del Código Civil y Comercial", Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2015.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., "Réflexions autour du besoin réciproque entre le droit international privé et le droit international public", *The 90th Birthday of Boutros Boutros-Ghali. Tribute of the Curatorium to its President*, La Haya, Brill-Nijhoff, 2012.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días*, Bogota, Grupo editorial Ibañez-Universidad de La Sabana, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 10a. ed., Madrid, Civitas, 2016.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia. Basado en la teoría trialista del mundo jurídico*, 10a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.
- HAUSMANN, Rainer, "Pleading and Proof of Foreign Law. A Comparative Analysis", *The European Legal Forum*, núm. 1, 2008. Disponible en: <http://www.simons-law.com/library/pdf/e/878.pdf>.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, M., "Foreign Law in National Courts: A Comparative Perspective", *Recueil des Cours*, t. 304, 2003.

- JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995.
- JUENGER, F., *Derecho internacional privado y justicia material*, trad. de Diego P. Fernández Arroyo y C. Fresnedo de Aguirre, México, Porrúa, 2006.
- KENNEDY, D., “Stages of the Decline of the Public and Private Division”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982.
- KIESTRA, Louwrens R., *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Asser Press-Springer, 2014.
- KINSCH, Patrick, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International Privé de la Haye*, vol. 318, 2005.
- KINSCH, Patrick, “The Impact of Human Rights on the Application of Foreign Law and on the Recognition of Foreign Judgments—A Survey of the Cases Decided by the European Human Rights Institutions”, *Intercontinental Cooperation Through Private International Law: Essays in Memory of Peter E. Nygh*, The Hague, Asser Press, 2004. Resumen disponible en: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2407104](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407104).
- LEQUETTE, Y., “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, en HENNETTE-VAUCHEZ, Roman, S., *Droits et libertés fondamentaux*, París, Dalloz, 1997.
- LORENZETTI, Ricardo L., *Fundamentos de derecho privado. Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- MENICOCCHI, Alejandro, “Codificación de derecho internacional privado. Con especial referencia a la parte general y la regulación patrimonial de contratos y responsabilidad civil extracontractual en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, Asociación Argentina de Derecho Internacional, 2014.
- MERRYMAN, J. H., “Foreign Law as a Problem”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 1983.
- MICHAELS, R., “Globalization and Law: Law beyond the State”, en BANAKAR, R. y TRAVERS, M., *Law and the Social Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- MILLS, Alex, *The Confluence of Public and Private International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- MOLINA DE JUAN, Mariel F. y RUBAJA, Nieve, “Una sentencia de alimentos que recoge las disposiciones de derecho internacional privado del Código Civil y Comercial Autores”, *RCCyC*, febrero de 2016.

- MUIR WATT, Horatia y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., *Private International Law and Global Governance*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- MUIR WATT, Horatia, “Concurrence ou confluence? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale”, *Revue Internationale de Droit Economique*, t. XXVII, 2013/1-2.
- MUIR WATT, Horatia, “Private International Law beyond the Schism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 2, núm. 3, 2011.
- NAJURIETA, María S., “Una mirada sobre el acceso a la justicia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Libro de las Jornadas de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado*, Panamá, 2015.
- OCHOA MUÑOZ, J. L. y MADRID MARTÍNEZ, C., “Problemas de acceso transnacional a la justicia en el derecho internacional privado. Perspectiva latinoamericana”, *XLI Curso de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos*, Washington, OEA, 2014.
- OEA, “Resumen ejecutivo: el acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos”, disponible en: <http://www.cidh.org/countryrep/accesodesc07sp/accesodesci-ii.sp.htm>.
- OSTER, J., “Public Policy and Human Rights”, *Journal of Private International Law*, vol. 11, núm. 3, 2015.
- PERUGINI ZANETTI, Alicia M., “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Buenos Aires, El derecho-Pontifica Universidad Católica Argentina, 2012. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/panorama-general-capitulo-i-titulo-iv.pdf>.
- SHAMIR, H., “The Public/Private Distinction Now: the Challenges of Privatization and of the Regulatory State”, *Theoretical Inquiries in Law*, vol. 15.1, 2014. Disponible en: <http://www7.tau.ac.il/ojs/index.php/til/article/view/File/527/491>.
- STEVENSON, J., “The Relationship of Private International to Public International Law”, *Columbia Law Review*, vol. 52, 1952.
- SWISS INSTITUTE OF COMPARATIVE LAW *et al.*, “The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future”, 2009. Disponible en: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/c92e8d95-ac55-4c9c-91b6-36a5a7564838>.

- TELLECHEA BERGMAN, Eduardo, “Una cuestión de creciente actualidad, la aplicación del derecho extranjero”, 2014. Disponible en: [www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-Derecho-extranjero.pdf](http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2013/12/TELLECHEA-Una-cuestion-de-creciente-actualidad-la-aplicacion-del-Derecho-extranjero.pdf).
- TRSTENJAK, Verica y WEINGERL, Petra (eds.), *The Influence of Human Rights and Basic Rights in Private Law*, Switzerland, Springer, 2016.
- UPENDRA, B., “Mass Torts, Multinational Enterprise Liability and Private International Law”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International Privé de la Haye*, vol. 276, 1999.
- UZAL, María E., “Lineamientos de la reforma del derecho internacional privado en el Código Civil y Comercial de la Nación”, *Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial*, noviembre de 2014. Disponible en: [http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Uzal\\_Lineamientosdelareforma-delDerecho\\_InternacionalPrivadoenelccyc.pdf](http://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Uzal_Lineamientosdelareforma-delDerecho_InternacionalPrivadoenelccyc.pdf).
- VAN DEN EECKHOUT, Veerle, “European Project: The Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities”, 2009. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1662313>.