

**APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA  
A LOS ELEMENTOS CULTURALES**  
*Application of Foreign Law in Civil and Commercial Code,  
with Special Reference to Cultural Elements*

Milton C. Feuillade<sup>1</sup>

Recibido: 9 de agosto de 2016  
Aprobado: 6 de octubre de 2016

**Resumen:** En este trabajo analizamos la aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial estudiando si es receptada la teoría del uso jurídico, su contenido y alcance. Se hace especial énfasis en el problema de adaptación de la norma desde el actual pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado, con especial referencia a los elementos culturales en la resolución del caso y lo que a nuestro criterio debe ser la implementación normativa. El pluralismo metodológico otorga mejores soluciones a la hora de resolver el problema de adaptación de la norma y en ello es de justicia para el caso el tener en cuenta los elementos culturales e interpersonales del caso.

**Palabras claves:** Derecho Extranjero - Aplicación - Multiculturalidad.

**Abstract:** This paper analyzes application of foreign law in the Civil and Commercial Code and if it is receipted the theory of legal use, its content and scope, with special emphasis on the problem of rules adaptation made from methodological pluralism of Private International Law, with special reference to the cultural elements in resolving the case and what our approach should be implementation. Methodological pluralism gives better solutions

<sup>1</sup> Investigador del CONICET. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA y en la Facultad de Derecho de la UNR. Email: miltonfeuillade@hotmail.com.

to solving the problem of adaptation of the standard and it is justice for the case to take into account cultural and interpersonal elements of the case.

**Keywords:** Law Foreign - Application - Multiculturalism.

Para citar este texto:

Feuillade, M. C. (2017), “Aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 169-200.

## I. Introducción

En este trabajo analizaremos la aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial estudiando si es receptada la teoría del uso jurídico y su contenido y alcance. Se hace hincapié en el problema de adaptación de la norma desde el actual pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado, con especial referencia a los elementos culturales en la resolución del caso y lo que, a nuestro criterio, debe ser la implementación normativa del reenvío y la cláusula de excepción.

Se realiza un cotejo con las normas convencionales vigentes para la Argentina, a los efectos de determinar, junto a los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales, el contenido y alcance de la teoría, desde su origen hasta lo que consideramos su formulación actual y proyectiva. Es allí donde ingresan los aspectos nucleares de la teoría general, que incluyen la jurisdicción internacional y la cooperación jurisdiccional internacional.

Consideramos que en el pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado es esencial tener en cuenta los elementos culturales para la resolución del caso; como se verá a lo largo del trabajo, existe una relación entre Derecho y cultura. A su vez, cada pueblo posee su propia cultura legal. La identidad cultural y la interpersonalidad hacen al respecto al elemento extranjero en la resolución del caso.

## II. Aplicación del Derecho Extranjero

Sobre la aplicación del Derecho Extranjero, reza el art. 2595 del Código Civil y Comercial: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese Derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino [...]”.

Sobre la literalidad, en primer lugar pensamos que la norma viene a establecer el principio de oficiosidad, que tanto debate tuvo en el Derecho Internacional Privado Argentino, a raíz del antiguo art. 13 del Código Civil derogado<sup>2</sup>.

Es cierto que de una primera lectura podría pensarse lo contrario, pero creemos que al decir: “[...] sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada”, implica que el juez está obligado a acceder de oficio para establecer su contenido como primer pauta general y las partes pueden hacerlo. Podría haberse redactado mejor.

Otro aspecto poco feliz de la redacción es que habla de “interpretar” y no de “aplicar” los criterios de interpretación y hermenéutica que se encuentran en los arts. 1° y 2° del Código.

### ***A. El inciso a) del art. 2595, ¿establece la teoría del uso jurídico?***

Si vamos a los fundamentos de la norma, específicamente sobre la aplicación del Derecho Extranjero nada se dice<sup>3</sup>. Sí se mencionan, entre los antecedentes nacionales: “Se han tenido presentes las soluciones jurisprudenciales y las reflexiones de la autorizada doctrina que enriquecen día a día la materia; también, y muy especialmente, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, pues en buena parte recoge las reformas anteriores, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado<sup>4</sup>, el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión Decreto N° 468/1992) y el Anteproyecto de reformas a la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales de 2005, entre otros valiosos esfuerzos”.

El Libro VIII del Proyecto 2000, tanto en su texto como en la fundamentación, claramente hace referencia a la teoría del uso jurídico aludiendo específicamente a la teoría tridimensional del Derecho en sus aspectos sociológicos, normológicos y dikelógicos.

2 Sobre las diferentes interpretaciones, doctrinas y jurisprudencia que se dieron a lo largo de la historia puede verse nuestro trabajo: (2012). “Aplicación procesal del Derecho Extranjero, con especial referencia a las posturas jurisprudenciales actuales en el Derecho Argentino”. En *Derecho Procesal Transnacional - Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Oyarzábal, M. J.A. (coord.), 317-341.

3 (2012). “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012”. Buenos Aires. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 740 págs., 727.

4 Aprobado el 2 de diciembre de 1974 por la mayoría de la Comisión creada por la Res. N° 425/1974 del Ministro de Justicia de la Nación, y publicado en la *Gaceta del Notariado*, Rosario, N° 65, 1975, 93 a 126.

## ***B. Normas convencionales similares vigentes para la República Argentina***

Respecto de la aplicación del Derecho Extranjero tenemos, por una parte, la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>5</sup>, que en su art. 2º dice: “Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el Derecho Extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

En la redacción de la norma participó activamente Werner Goldschmidt<sup>6</sup> y, específicamente, dice: “El artículo 2º sanciona, en segundo término, la teoría del uso jurídico y el principio de la tolerancia al proclamar que aplicar Derecho Extranjero significa aplicarlo ‘tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable’”<sup>7</sup>.

Postura que parecería no unánime, cuando por ejemplo Maekelt nos dice: “La fórmula de aplicación del Derecho Extranjero establecida ‘[...] tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable’, permite considerar que, además del texto legal, el juez del foro debe tener presente todos los elementos que serían empleados por el juez cuyo derecho se trata de aplicar. La interpretación de la norma jurídica extranjera, por tanto, debe realizarse en el contexto del sistema jurídico al cual pertenece”<sup>8</sup> y en referencia específica al citado artículo de Goldschmidt, en el pie de página nº 445, dice: “W. Goldschmidt considera que la fórmula de la convención recepta la teoría del uso jurídico, de acuerdo a la cual puede aplicarse al reenvío cuando tal aplicación se encuentra ‘encapsulada en la solución fáctica extranjera’ [...]”<sup>9</sup>.

Es cierto que por falta de un consenso la CIDIP sobre Normas Generales no reguló la problemática de las calificaciones y del reenvío<sup>10</sup> pero sobre

5 Celebrada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, se encuentra vigente para la Argentina, por Ley Nº 22.921, desde el 31 de diciembre de 1983.

6 Goldschmidt, W. (1980). “Normas generales de la CIDIP - II. Hacia una teoría general del Derecho Internacional Privado Interamericano”. *Actas y documentos*. Segunda conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - II). Washington D.C. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Vol. III, 141 a 155, esp. 149.

7 *Ibidem*, 151. Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado - Derecho de la tolerancia basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 8ª edición, 1ª reimp. Buenos Aires. Depalma, 229.

8 Maekelt, T. B. de. (1984). *Normas generales de Derecho Internacional Privado en América*. Caracas. Universidad Central de Venezuela – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 155.

9 *Ídem*.

10 Ello se detalla en el informe explicativo. Ver: *Actas y documentos...* Ob. cit., 145.

el punto nos parece que Maekelt<sup>11</sup> no toma en consideración que Goldschmidt no solamente refiere al uso jurídico respecto del reenvío.

Desde otro sector de la doctrina, en cuanto autores que no siguen la teoría tridimensional del Derecho, tenemos a Boggiano que, por un lado, cita a Goldschmidt en su obra de 1935, sobre la “Consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado” y a Wengler, en su cercana posición al uso jurídico<sup>12</sup>, y dentro del marco del art. 2º de la CIDIP II sobre Normas Generales dice: “La imitación de la probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría. Así, el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo haría el juez foráneo. Debe seguir sus reglas interpretativas e integradoras. En suma: debe concretar la proyección del sistema jurídico extranjero sobre el objeto de remisión, esto es, sobre el tipo legal sujeto al Derecho Extranjero”<sup>13</sup>. Y en la imitación y el planteo del reenvío también sigue a Goldschmidt y toma en el uso jurídico la consideración y aplicación del Derecho Público Extranjero si el juez foráneo así lo hiciere, así como en las calificaciones.

Kaller de Orchanski, nos dice: “La solución propuesta rechaza la teoría del hecho y se enrola en la teoría jurídica que iguala en condición y tratamiento al Derecho propio y al Derecho Extranjero, pero contempla también las especiales circunstancias que rodean la aplicación de este último”<sup>14</sup>. Por un lado, parecería que rechaza el uso jurídico pero nos preguntamos en qué consisten las especiales circunstancias sino en el uso jurídico mismo.

Si retomamos los problemas que soluciona el uso jurídico, podemos decir que<sup>15</sup>: 1) Ante la pluralidad de ordenamientos se consulta al Derecho Interregional o al Transitorio. 2) Soluciona el problema de la raqueta en el reenvío. 3) Mediante la teoría del uso jurídico ningún obstáculo se opone a que el juez de la causa tenga en cuenta el Derecho de un Estado no reconocido o en guerra. Esto no es por el uso jurídico sino por no mezclar lo civil con lo internacional público y no hacer sufrir a las personas civiles los problemas entre Estados, y aparte es relativo respecto de las normas de policía contra ese Estado en guerra. 4) Si el juez extranjero fuese desconocido o de difícil acceso, el juez puede acudir a otro Derecho emparentado con el que debe “imitar”, puesto que la imitación de la probable sentencia del juez extranje-

11 Maekelt, T. B. de (1984). *Normas generales de Derecho Internacional...* Ob. cit., 176.

12 Boggiano, A. (1993). *Curso de Derecho Internacional Privado*. T. I. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 210.

13 *Ibidem*, 211.

14 Kaller de Orchanski, B. (1995). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Plus Ultra, 129.

15 *Ibidem*, 79 y 80.

ro admite grados. 5) En materia de interpretación del Derecho Extranjero, la teoría del uso jurídico sostiene que nuestros jueces deben someterse a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su respectivo Derecho, aun en el supuesto de que sea idéntico al nuestro. 6) El Derecho Extranjero es un hecho notorio y, por lo tanto, entra en el plano de la oficiosidad.

### ***C. Contenido y alcance de la teoría del uso jurídico***

#### *1. Origen*

Como se dijo, la teoría del uso jurídico es de autoría de Goldschmidt<sup>16</sup>. Realizaremos una exposición de su versión original de 1935<sup>17</sup>.

Se parte de la base de que el Derecho Extranjero es un hecho sobre el que el juez nacional hace un juicio de probabilidad intentando imitar la sentencia extranjera<sup>18</sup>.

Dentro de la teoría general del Derecho Internacional Privado surge la pregunta: ¿qué significa la voz Derecho Extranjero? El Derecho Público parte del tipo legal de la norma y el Derecho Internacional Privado, de su consecuencia jurídica.

Estamos ante un caso de Derecho Internacional Privado en el momento en que tenemos un elemento extranjero relevante, la teoría del uso jurídico resuelve el problema de adaptación de la norma cuando en la consecuencia por el elemento extranjero relevante un derecho foráneo resulta aplicable.

El Derecho Procesal Internacional es en esta concepción original una materia conexas, pero su autor avizoraba que poseería a futuro una profunda conexión con el derecho de fondo, de este modo: “Es un fenómeno jurídico de los pueblos jóvenes ver los problemas jurídicos de manera procesal. Representa un avance teórico y, por tanto, es un deber para los pueblos maduros separar rigurosamente el Derecho Material del Procesal. Creo que de esta separación resultan consecuencias interesantes para nuestro tema. Al fin hay que unir las dos ramas del Derecho. Pero todavía falta mucho para llegar a este resultado”<sup>19</sup>. Nosotros creemos que hoy ya se ha llegado a ese resultado.

Las bases conceptuales originales de la teoría del uso jurídico son las siguientes:

16 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*. Barcelona. Bosch.

17 Goldschmidt, W. (1935). *La norma de colisión como base de la sistémica del Derecho Internacional Privado*. Madrid. Instituto de Estudios Internacionales y Económicos.

18 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma...* Ob. cit., 11.

19 *Ibidem* cita n° 10.

- Se parte no de qué Derecho ha de aplicarse<sup>20</sup> sino de qué decidiría el juez extranjero en este caso.
- Brinda una respuesta a la consecuencia jurídica de la norma, independientemente de la concepción nacionalista o internacionalista del Derecho Internacional Privado<sup>21</sup>.
- En el reenvío, cuando ocurre el problema de la raqueta, no se trata de dos legislaciones que se refieren la una a la otra, sino de dos legislaciones, de la cual cada una se refiere a la sentencia probable de que el juez del Estado extranjero y la solución a la problemática poseen su fundamento primario en no denegar justicia<sup>22</sup>.
- La relación entre el conflicto de calificaciones y el reenvío se da cuando ingresa la teoría del uso jurídico y nos lleva a la *lex civili causae*<sup>23</sup>.
- La formulación para distinguir la teoría del uso jurídico de otras posturas similares es que: “Como regla para la aplicación del Derecho Extranjero en el proceso Zitelmann estableció el principio: ‘el juez tiene que aplicar el Derecho Sustancial Extranjero como si fuera un juez del Estado extranjero’. Quiero oponer a este principio el siguiente: ‘el juez tiene que partir de la sentencia que un juez normal del Estado extranjero probablemente dictara’. Digo ‘partir’, porque esta sentencia probablemente forma solamente un elemento efectivo (aun cuando muy importante) en sus consideraciones, puesto que todavía ha de aplicar el Derecho Indígena a la solución del litigio”<sup>24</sup>.
- Ese Derecho Extranjero no se interpreta, sino que se acepta la probable sentencia<sup>25</sup>. A nuestro modo de ver, se acerca al principio de no revisión de fondo en el exequátur.
- La información de la jurisprudencia extranjera juega un rol fundamental<sup>26</sup>. En un plano ideal, desde tribunales especializados en Derecho Internacional Privado en cada país, el uso jurídico perfecto es enviar el expediente al juez del derecho que corresponde aplicar, éste falla y devuelve el expediente. Es decir que el primero examina y descarta los aspectos negativos de antecedente y consecuente, es decir, fraude y orden público; luego lo envía al juez del derecho para que realice un proyecto de sentencia, del que se hace un último

20 *Ibidem* cita n° 11.

21 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma...* Ob. cit., 21.

22 *Ibidem*, 46.

23 *Ibidem*, 55.

24 *Ibidem*, 66. Sobre uso jurídico: Soto, A. (2001). *Derecho Internacional Privado. La importación del Derecho Extranjero*. Buenos Aires. Ciudad Argentina, 38.

25 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma...* Ob. cit., 92.

26 *Ibidem*, 93.

cotejo de fraude y orden público y es el primer juez el que dicta la sentencia. Si hay varios Derechos aplicables, se envía a cada juez correspondiente a cada derecho.

## 2. *Formulación actual*

En palabras de Goldschmidt, en su última formulación: “He aquí, pues, lo que se llama la teoría del uso jurídico; y su contenido puede formularse del siguiente modo: si se declara aplicable a una controversia un Derecho Extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país”<sup>27</sup>.

Y desarrollado desde la teoría tridimensional en la óptica del autor, dice: “Desde el ángulo visual de la teoría tridimensional del mundo jurídico, podemos expresar los pensamientos referidos también de la siguiente manera: el mundo jurídico propio es tridimensional y comprende el orden de repartos, el ordenamiento normativo y la justicia. El mundo jurídico extranjero nos parece, al contrario, sólo unidimensional: no tenemos en consideración sino su orden de repartos, en el cual se halla la sociologización de su ordenamiento normativo; en cambio, eliminamos el aspecto de justicia. Sin embargo, no se debe olvidar que introducimos luego la justicia mediante el concepto de orden público como último control de Derecho Extranjero intolerable. Pero antes de movilizar el orden público averiguamos la probable solución del caso en la comunidad extranjera sometiéndonos a ella *tamquam* cadáver (con obediencia cadavérica)”<sup>28</sup>.

Uno de los principales discípulos de Goldschmidt es el iusfilósofo Ciuro Caldani<sup>29</sup>, que le ha dado desarrollo y progresión a toda la parte general del Derecho Internacional Privado desde la teoría tridimensional del Derecho, lo cual trasciende un mero tener en cuenta especiales circunstancias y

27 Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 223.

28 *Ibidem*, 228.

29 Ciuro Caldani, M. Á. (1989). “Comprensión jusfilosófica del Derecho Extranjero en el Derecho Internacional Privado”. En *Investigación y Docencia* N° 12, 27 y sigs. (1990). “Werner Goldschmidt y la consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”. En *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social* N° 13, 36 y sigs. (1990). “El monólogo y el diálogo axiológicos y el Derecho Internacional Privado”. En *Investigación y Docencia* N° 16, 15 y sigs. (1989). “La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado”. En *Investigación y Docencia* N° 14, 27 y sigs. (1989). “Necesidad de tribunales especiales para los casos jusprivatistas internacionales”. En *Investigación y Docencia* N° 14, 53 y sigs.



connota una particular forma en que la sentencia probable debe realizarse, de este modo: “La misma dificultad para comprender a los elementos extranjeros que fundamenta las ‘reglas de conflictos’ está presente cuando se intenta producir auténtico Derecho Extranjero. Cuando las ‘reglas de conflictos’ remiten a un derecho extranjero hay que entender que disponen la imitación del equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar referido (teoría del uso jurídico) [...] La individualización del derecho extranjero conforme a la teoría del uso jurídico significa un marco de internacionalidad y de justicia referida a los particulares; en cambio, resolverla con criterios supletorios *fori* supone un retroceso a la preinternacionalidad y a la justicia legal y solucionar con criterios formales del Derecho Extranjero es relativamente afín a la cuasiinternacionalidad y también a la justicia legal. Sólo la teoría del uso jurídico desarrolla el espíritu de las ‘reglas de conflictos’”<sup>30</sup>. El Derecho Extranjero a imitar debe ser el equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar asiento del caso<sup>31</sup>.

Veamos entonces cómo funciona cada dimensión en la tridimensionalidad en concreto. De esta forma: “Las normas funcionan a través de distintas etapas que se inician en la interpretación, pasan por la adaptación, la determinación y la elaboración y concluyen en la aplicación. La interpretación, la adaptación, la determinación y la aplicación tienen un desenvolvimiento fundamentalmente bidimensional normosociológico, en tanto que la elaboración abarca también la dimensión dikelógica. En el marco universal todas estas etapas adquieren características especiales”<sup>32</sup>; este aspecto general, cuando lo hacemos en la aplicación del Derecho Extranjero, ocurre que: “En los procesos de transmigración este tipo de determinación de base dikelógica significa el recurso a la justicia material al Derecho que en justicia se conecta con el caso y en Derecho Internacional Privado el empleo del equivalente dikelógico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad hubiera dictado el juez extranjero (formulación dikelógica de la teoría del uso jurídico)”<sup>33</sup>. Finalmente: “Los aspectos más dikelógicos están presentes en la teoría del uso jurídico que, al imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los jueces extranjeros –apartándose si es necesario de la normas legales extranjeras–, considera las diferencias entre los criterios de dichos pronunciamientos judiciales y los legislativos”<sup>34</sup>.

30 Ciuro Caldani, M. Á. (1979). *Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado*. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 49-50.

31 *Ibidem*, 56.

32 *Ibidem*, 74 y 75.

33 *Ibidem*, 77.

34 *Ibidem*, 78.

La aplicación del Derecho Extranjero comienza siendo tridimensional, porque decido que es justo imitar el Derecho Extranjero, basado en el respeto al elemento extranjero y he allí la dimensión dikelógica. Luego, al imitar en concreto dejo de preguntarme si es justo. Posteriormente, puedo descubrir en medio de ese proceso que existe una carencia dikelógica, pero ello pasa a ser un tema del juez local y de aspecto negativo de la consecuencia jurídica, es decir, de orden público.

El Derecho Extranjero es un Derecho que transpongo y esa transposición es la mejor imitación posible conjetural. Trato de hacer lo que el otro haría. Ahora, esa transposición no es mecánica, porque puede ser un despropósito hacer lo que haría el otro país. Cuando en la transposición se cambia el sentido aparece la necesaria adaptación.

En la Argentina, la teoría del uso jurídico no es una mera teorización sino que posee bases jurisprudenciales actuales<sup>35</sup>.

### 3. *Formulación proyectiva*

Debemos partir de la sentencia que dictaría el juez extranjero. Dictar sentencia no sólo es tener el Derecho Extranjero con su formulación legal, jurisprudencial y doctrinal, sino anclar hechos con Derecho.

Entonces, la operación es de transposición de un proceso.

Es decir que si asumimos al Derecho Internacional Privado desde una concepción tripartita, le sumamos al conflicto de derechos aplicables la ampliación de la noción desde la elaboración de la concepción normológica de la jurisdicción internacional y de transposición procesal<sup>36</sup>, como visión superadora e integradora del caso.

Y, a su vez, vemos la gravitación de la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados, de los cuales en los dos primeros nos encontramos con el Auxilio Jurisdiccional Internacional, abarcativo de las comunicaciones, información del Derecho Extranjero y de la producción de pruebas en el extranjero y el tercer grado, integrado por las Medidas Cautelares. Podemos pensar que la aplicación del Derecho Extranjero puede variar según como

<sup>35</sup> De este modo en el caso: “Menéndez, Enrique J. c/ Drago, Alejandro R. A.”. Dado por la CNCiv., Sala E, el 7 de agosto de 1979. Publicado en *ED*, Tomo 84, 460 a 463. También en el caso: “Conduros, Juan -Gogos Marine - s/ quiebra s/ incidente de apelación art. 250, CPCCN”. Dado por la CNCom., Sala D, el 13 de febrero de 1990. Alude también a la teoría del uso jurídico aunque no de forma directa el fallo: “Sabate Sas S.A. en: Covisan S.A. p/ conc. p/ verif. tardía”. Dado por la SCMendoza, Sala I, el 28 de abril de 2005, publicado en *ED*, Tomo 214, 372 a 388, con comentario de Soto, A. “Una sentencia en homenaje a los 70 años del uso jurídico”.

<sup>36</sup> Ciuro Caldani, M. Á. (1997). *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 10.

se traigan los actos al proceso y ello depende de las leyes rituales; incluso, podemos estar ante un caso en el que no se aplicará el Derecho Extranjero, pero sí son necesarios actos procesales llevados a cabo en el extranjero.

Dentro de este marco nos plantaremos si para la correcta aplicación del Derecho Extranjero, puede ser necesario dejar de lado el imperio de la *lex fori* y dar acceso a leyes rituales extranjeras, para una solución tolerante y justa del caso.

Los hechos subyacentes del caso se reflejan en el expediente y, según estos se prueben, será la aplicación de la ley que el juez realice. Esto ya ha sido demostrado hace tiempo por James Goldschmidt<sup>37</sup>, al descubrir el derecho justicial material. Lo que queremos decir y demostrar es que los aspectos procesales pueden poseer en ciertos casos incidencia en la aplicación del Derecho Extranjero y la actual concepción del Derecho Internacional Privado, abarcativa del Derecho Procesal Internacional como uno de sus componentes esenciales, reclama la aplicación de la teoría del uso jurídico a los aspectos procesales.

Esto no implica confundir la aplicación sustancial del Derecho Extranjero, con su aplicación procesal. Sino que queremos decir que el juez, cuando busque la sentencia probable del juez extranjero, deberá también tener en cuenta los aspectos procesales que puedan tener influencia sobre él. Igualmente, si se tratase de aplicar Derecho argentino, con elementos procesales, especialmente probatorios, llevados adelante en el extranjero o viceversa, en el caso de pruebas en el país para ser remitidas al extranjero, deberá tenerse en cuenta, respetando el orden público procesal, como conjunto de principios, que poseen su núcleo duro en las garantías que debe reconocer un Estado de Derecho, que respeta las bases de la democracia, el uso jurídico, para que la sentencia pueda ser justa. Eso puede sin lugar a dudas implicar excepciones a la aplicación de la ley procesal del foro<sup>38</sup>.

El objeto del Derecho Internacional Privado, asumido como el caso con elementos extranjeros, se encuentra en el antecedente y el contenido de solución, en el consecuente. Lo que planteamos es que para la solución del caso concreto, el Derecho Procesal Internacional es un aspecto nuclear de la teoría general del Derecho Internacional Privado, es decir, que hace a su esencia<sup>39</sup>.

37 Goldschmidt, J. (1959). *Derecho justicial material*. Grossmann, C. (Trad.). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América.

38 Ver nuestro trabajo: (2011). *Cooperación jurisdiccional internacional*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma.

39 No desconocemos doctrinas que parten de la teoría tripartita, pero opinan totalmente lo contrario, como por ejemplo: Calvo Caravaca, A. L.; Carrascosa González, J. (2012). *Derecho Internacional Privado*. 12ª ed. Vol. I. Madrid. Comares, 51.

También pensamos que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado, reclama al Derecho Público Extranjero, cuando el juez extranjero lo aplicase por sí para resolver el caso, con la única limitante del orden público del foro y a partir de la tolerancia con lo diferente<sup>40</sup>, en una sociedad donde el reconocimiento y respeto de lo multicultural<sup>41</sup> deben equilibrarse con la globalización.

### III. Métodos

La finalidad del Derecho Internacional Privado no se limita a indicar cuál es el derecho aplicable a un determinado caso con elementos extranjeros, sino a dar una solución justa del caso, es por ello que no se limita al método de la histórica norma indirecta, sino a una pluralidad de métodos.

El histórico método del Derecho Internacional Privado ha sido indirecto, mediante la norma indirecta sobre la que ya nos hemos exployado.

Como superación de las teorías estatutarias que se han visto en el capítulo referente a la historia, surge Savigny con un método analítico basado en la analogía con el Derecho Privado al Derecho Internacional Privado en las categorías de la capacidad jurídica, capacidad de obrar, forma del negocio, requisitos de validez intrínseca, efectos y cada parte de relaciones jurídicas en particular, personales y patrimoniales.

Pero este método es propio del legislador y no alcanza para la solución concreta del caso y de allí el método sintético judicial<sup>42</sup>.

Pero a su vez, a la hora de resolver el problema de adaptación de la norma nos encontramos con situaciones donde la aplicación material de los Derechos elegidos, cuando ello puede conducir a una contradicción lógica, es una solución de equidad para la justicia del caso concreto.

Por ello se pasó a un pluralismo metodológico, de mayor flexibilidad para la justicia del caso concreto<sup>43</sup>.

La cuestión de los métodos la aborda el art. 2595, inc. c), del Código Civil y Comercial, en una redacción al menos ambigua. Por un lado, parecería referir a la cuestión previa, que más arriba hemos tratado, porque habla de “diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso”, no creemos

40 Mills, A. (2009). *The confluence of Public and Private International Law*. Cambridge. Cambridge University Press, 14.

41 Jayme, E. (1999). *Multicultural society and Private Law - German Experiences*. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero. Conferenze e Seminari, N° 33, 27 págs.

42 Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 159.

43 Boggiano, A. (1993). *Curso de Derecho Internacional...* Ob. cit., 109.

que lo haga a nuestro criterio; la referencia es a cuestiones conexas y no a aquellas donde una es condición de la otra.

Pensamos que si el legislador hubiese querido regular la cuestión previa lo habría hecho de forma expresa y apartada, como lo hacían los proyectos que le sirven de antecedente, debiendo tenerse en cuenta que tampoco nada dice sobre la jerarquización o la equivalencia.

A nuestro criterio sí es claro el tratamiento del método analítico analógico en cuanto diversos derechos aplicables a una misma situación jurídica y la síntesis judicial, no solamente desde el método sintético judicial, sino desde un pluralismo metodológico<sup>44</sup>.

El inc. c) del art. 2595 dice: “[...] 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”.

Esto es una referencia directa al método analítico analógico y a la síntesis judicial o método sintético judicial.

Puede parecer que cuando dice: “[...] o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso” hace referencia a la cuestión previa. A nuestro criterio, no lo hace y la referencia es a cuestiones concomitantes, dentro de un mismo caso. En la concomitancia no se da la relación de condicionalidad de una cuestión sobre la otra.

El método directo se da por normas materiales, como las que ordenan aplicar el derecho propio a los derechos reales, o las de policía o imperativas. El foro de necesidad ha sido incorporado en el art. 2602 del Código Civil y Comercial, así como la cláusula de excepción como solución de adaptación en el art. 2597 del mencionado Código.

#### IV. Reenvío

Esta institución del Derecho Internacional Privado no había sido regulada por Vélez Sarsfield, dada la sencilla razón de que al momento del dictado del Código Civil y su entrada en vigencia en 1871 no había sido descubierta<sup>45</sup>.

44 Batiffol, H. (1973). *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*. Recueil des Cours. Vol. 139. Gaudemet-Tallon, H. (2000). *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*. Cours général. Recueil des Cours. Vol. 312. Gannagé, L. (2011). *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*. Vol. 357.

45 El problema surgirá a partir del caso “Forgo” en 1878. Ancel, B.; Lequette, I. (2006).

El reenvío consiste en concebir que la remisión de la norma indirecta en la consecuencia jurídica es a la totalidad del ordenamiento jurídico extranjero, lo que incluye sus normas de Derecho Internacional Privado; en esencia, es la concepción sobre la cantidad de Derecho Extranjero aplicable.

La razón de ser del reenvío es la coordinación de sistemas y armonización de soluciones<sup>46</sup>.

Por primera vez<sup>47</sup> en la legislación argentina se establece en el art. 2596 del Código Civil: “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”.

El anciano debate sobre si la parte aplicable del Derecho Extranjero en cuanto su cantidad, es decir, si la indicación es sobre el Derecho Material Extranjero o el Derecho tomado de modo sistémico, lo que incluye al Derecho Internacional Privado Extranjero, ha quedado zanjado para el Derecho argentino, con el art. 2596 del Código Civil y Comercial. Lo que queda ahora por establecer es su contenido y alcance.

---

*Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 5ª ed. París. Dalloz, 60. Cass., Civ., 24 juin 1878 et Cass., Req., 22 fevr. 1882. Antecedentes anteriores al caso “Forgo” son descriptos por: Lewald, H. (1929). *La théorie du renvoi*. *Recueil des Cours*. Tomo 29. Philonenko, M. (1935). *La Théorie du renvoi en droit comparé*. París. Libr. Gén. de Droit & de Jurispr. Navarrete Barrueto, J. (1969). *El reenvío en el Derecho Internacional Privado*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas de Chile. Pardo, A. J. (1996). “El reenvío y el proyecto de modificación del Código Civil (Comisión Decreto N° 68/1992)”, *LL*, Tomo 1996-B, 1250 y sigs. El primer estudio científico sobre el reenvío lo realizó con ocasión de la publicación de la tercera sentencia del caso “Forgo” por Labbe, J. E. (1885). “Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement a la détermination de la loi applicable a la cause”. *Journal du droit international*, 5-16.

46 Daví, A. (2010). *Le renvoi en droit international privé contemporain*. *Recueil des Cours*. Vol. 352, 174.

47 El Proyecto de Modificación del Código Civil, realizado por la Comisión creada por el Decreto N° 468/1992, establecía en el art. 5°: “Sin perjuicio de lo dispuesto en materias específicas, se tomarán en cuenta las normas de conflicto del Derecho Extranjero declarado aplicable, siempre que ello no desvirtúe la finalidad de la norma de conflicto argentina. Si el Derecho de ese Estado reenvía al argentino, se aplicarán las normas argentinas de Derecho Interno”. En esta redacción se utilizó como fuente el art. 4° de la ley alemana del 25 de junio de 1986. El proyecto de Kaller de Orchanski, B. - Uriondo de Martinoli, A. - Pallarés, B., “Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio - Libro VIII – 2000”, establecía en el art. 2540: “Sin perjuicio de lo dispuesto en materias específicas, se deben tomar en cuenta las normas de conflicto del Derecho Extranjero declarado aplicable, siempre que ello no desvirtúe la finalidad de la norma de conflicto argentina. Si el Derecho de ese Estado reenvía al argentino, se aplicarán las normas argentinas de Derecho Interno”.

Hoy, para el Derecho argentino, el Derecho Extranjero es un todo sistémico donde el Derecho Internacional Privado es integral y parte del Derecho Extranjero.

La redacción es clara en la admisión del reenvío.

Los antecedentes jurisprudenciales argentinos al día de hoy son antiguos, escasos y tangenciales<sup>48</sup>. De todas formas, y a nuestro criterio, no quiere decir que el operador jurídico a la hora de resolver el caso de Derecho Internacional Privado debe realizar un recorrido sistémico por la norma donde ineludiblemente analiza el reenvío, aunque ello, lógicamente, no necesariamente se vuelque en la sentencia. En una comparación, todo penalista, cuando resuelve el caso, realiza un recorrido completo por la teoría del tipo, para luego centrarse en el o los elementos de solución.

### **A. Soluciones actuales**

Contra las posturas y legislaciones que niegan el reenvío<sup>49</sup> otras consideran que es una institución que posee la flexibilidad para cumplir una función de coordinación entre sistemas jurídicos y, por lo tanto, necesario.

En el caso del Derecho Anglosajón, para el reenvío de segundo grado, el modelo de coordinación que se propone es la *foreign court theory*<sup>50</sup> o teoría del tribunal extranjero.

Se parte de la base de que la referencia al Derecho Extranjero implica la necesidad de considerar a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que incluye las normas de Derecho Internacional Privado de la ley designada y comprende, por lo tanto, las reglas extranjeras concernientes al reenvío.

De ello se deriva que si la ley extranjera refiere a un tercer derecho, a éste debe acudir. En definitiva, se resuelve como lo hace el juez de la primera referencia.

48 Por un lado, está el caso “Larangueira”, dado por la Cám. Civ. 1ª de la Cap., el 12 de mayo de 1920, JA - IV, 253, en el que en una cuestión sucesoria se discutía un problema de jurisdicción, los herederos sostenían la aplicabilidad del Derecho Brasileño y fue considerado prematuro el planteo de la teoría del reenvío. Posteriormente, en “Estudios Espíndola c/ Bollati, Cristóbal J.”, dado por el Juz. de Paz N° 46, ED, Tomo 33, 26, se tuvo en consideración el Derecho Internacional Privado Chileno que enviaba a la ley argentina.

49 Se puede citar como ejemplo el art. 12 del Código Civil español: “1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. 2. La remisión al Derecho Extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

50 Esta teoría posee su origen en el caso “Collier v. Rivaz”, dado por la Corte de Canterbury en 1841; Curteis, 855 y sigs. Para los orígenes y su actualidad en el mundo anglosajón puede verse: Nygh, P. E. (1995). *Conflict of laws in Australia*. 6ª ed. Sydney. Butterworths.

En sistemas de Derecho Continental como el nuestro, tanto el reenvío de segundo grado como el reenvío doble poseen ejemplos de tratamiento y admisión de soluciones en la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado<sup>51</sup>, entre otras, donde la remisión es en primer término a las reglas de Derecho Internacional Privado, comprendiendo las relativas al reenvío aplicadas por el tribunal extranjero.

Este es denominado reenvío - delegación. En Alemania, en casi la misma redacción que en el art. 2596 del Código Civil y Comercial, el reenvío está contemplado en el art. 4º del EGBGB - Ley introductoria al Código Civil. Es así que si la ley extranjera remite a la ley alemana, son de aplicación las normas sustantivas alemanas. En caso de autonomía de las partes, sólo se admiten las leyes sustantivas.

Y la primera referencia es a las normas de Derecho Internacional Privado, a los efectos de establecer el contenido real del sistema jurídico de la referencia extranjera<sup>52</sup>.

Uno de los riesgos que se marcan son las hipótesis de arribo de soluciones irreconciliables entre los ordenamientos jurídicos implicados, para ello existe la armonización y, llegado el caso, la cláusula de excepción, utilizando el principio de proximidad.

A su vez, este reenvío, llamado “reenvío delegación”<sup>53</sup>, tiene concordancia y coherencia también con las normas de policía de terceros Estados.

Una tercera teoría de solución es la del “uso jurídico”, a la cual en su análisis remitimos a lo dicho arriba.

El balance y la coincidencia fundamentales que se destacan de las tres teorías demuestran que en cualquiera de ellas debe hacerse lo que haría el juez de la primera referencia.

## ***B. Soluciones del Código Civil y Comercial***

La redacción normativa es clara en la admisión del reenvío simple en diferentes grados. La admisión del reenvío doble será algo que tendrá que resolver la jurisprudencia.

El rechazo del reenvío puede llevar a la aplicación de normas internas extranjeras no queridas por ese Derecho Internacional Privado Extranjero.

51 Establece en su art. 14 : “1.- Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n’est pris en considération que si la présente loi le prévoit. 2.- En matière d’état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté”.

52 Daví, A. (2010). *Le renvoi en droit international...* Ob. cit., 233.

53 *Ibidem*, 234.



Creemos que en la interpretación cuando dice que resultan aplicables las normas del Derecho Interno Argentino de suyo queda excluido el Derecho Internacional Privado Argentino.

Si tomamos la opinión de Ciuro Caldani<sup>54</sup>, respecto de los proyectos legislativos anteriores, de muy similar redacción en cuanto base conceptual, tenemos que: “[...] no necesariamente la remisión de un derecho extranjero al derecho argentino debe traer consigo la aplicación de las normas argentinas de derecho interno, sino que se ha de imitar el reenvío según lo haría con el máximo grado de probabilidad el juez extranjero, obrando así en coincidencia con la disposición del art. 2535 (actual art. 2595, inc. a), consagrada de la teoría del uso jurídico”. Por lo que desde aquí se podría admitir el reenvío doble y en grados sucesivos<sup>55</sup>.

La autonomía de la voluntad otorga una solución directa desde lo decidido por las partes, lo cual puede incluir el reenvío o no.

Cuando la norma indirecta envía aplicar el Derecho Extranjero, la solución es acudir al Derecho Internacional Privado Extranjero y hacer lo que haría el juez de la primera referencia, imitando lo más cercana posible su solución.

## V. Cláusula de excepción

Esta norma es una novedad para el Derecho Internacional Privado argentino y establece, el art. 2597: “Excepcionalmente, el Derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese Derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el Derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el Derecho para el caso”<sup>56</sup>.

54 Ciuro Caldani, M. Á. Jornada sobre la Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial (convocada por las Comisiones de Legislación General de las Honorables Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación), llevada a cabo en Rosario el 4 de agosto de 2000.

55 Un fundamento doctrinal lo encontramos en: Soto, A. M. (2001). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 128.

56 Entre las fuentes de esta norma señalamos: El art. 19 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica. Recuperado de [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table\\_name=loi](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi). Cuyas fuentes, a su vez, han sido el art. 15 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado. Recuperado de <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html> y el art. 3082 del Libro X del Código Civil de Québec. Recuperado de <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/>

Es también conocida como “cláusula de escape”, pero creemos que es una forma de nominarla que debemos desterrar. El gran problema del funcionamiento de esta norma será que los operadores jurídicos comprendan de manera profunda su primera palabra, “excepcionalmente”, y no intenten “escapar” del Derecho Internacional Privado<sup>57</sup>.

Además, se reitera en el art. 2653 referido a los contratos cuando 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”.

A partir de las dos normas citadas, creemos que debe distinguirse cuándo se está en presencia de un contrato y cuándo no.

Por su especificidad, el art. 2653 desplaza a la norma general en lo que la cambia y lo primero es que dice “a pedido de parte”, por lo que en materia de contratos la cláusula de excepción no es aplicable de oficio.

Tampoco es aplicable si se ha ejercido autonomía de la voluntad, creemos que esto abarca tanto la autonomía propia como impropia.

La norma lo que permite es el desplazamiento del Derecho designado por el punto de contacto. Se debe dar un doble juego: por un lado, los lazos deben ser poco relevantes y, por el otro, los vínculos con el otro Derecho deben ser: a) Muy estrechos<sup>58</sup>. b) La aplicación resulta previsible. c) En esas reglas la relación se ha establecido válidamente.

Esta norma abre las puertas a la consideración formal del elemento cultural en el caso del Derecho Internacional Privado<sup>59</sup>.

---

telecharge.php?type=2&file=/CCQ\_1991/CCQ1991.html. Del mismo modo, es muy importante citar El Reglamento (Ce) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presente en su art. 4.2.3. sobre Contratos en General.

57 Goldschmidt, W. (1958). “La autonomía del Derecho Internacional Privado”. En *JA*, Tomo 1958-II, abril-junio, Sec. Doctr., 146-50.

58 Lagarde, P. (1986). *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*. Recueil des Cours. Vol. 196.

59 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne*. Recueil des Cours. Vol. 282. Ciuro Caldani, M. Á. (2000). “Acerca de la estructura cultural de la norma iusprivatista internacional clásica (Bases conceptuales para el análisis básico del Derecho Internacional Privado)”. En *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 24, 33 a 41. Sacco, R. (2008). *Anthropologie juridique. Apport á une macro-histoire du droit*. París. Dalloz. Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual. Disputing systems in corss-cultural context*. New York. New York University Press. Gibson, J. L.; Caldeira, G. A. (2011). “The legal Cultures in Europe”. En Friedman, L. M.; Pérez Perdomo, R.; Gómez, M. A. (dirs.). *Law in many societies*. Stanford. Stanford University Press, 132-142, esp. 133. Batiffol, H. (1973). *Le pluralisme des méthodes en droit...* Ob. cit. Gaudemet-Tallon; H. (2005). *Le pluralisme en droit international...* Ob. cit.

### **A. Multiculturalidad y Derecho Internacional Privado**

El surgimiento de la internacionalidad se da entre fines de la Edad Media y principios de la Modernidad con la formación de los Estados modernos que derivaron en los Estados nación<sup>60</sup>. En este proceso la interestatalidad se basó en el respeto de la independencia de los Estados y las relaciones económicas, artísticas, científicas y religiosas<sup>61</sup>.

El nacimiento de la burguesía dio origen al desenvolvimiento del capitalismo y al desarrollo de la internacionalidad. Se necesitaban mercados fuera de las ciudades y ese poder que ostentaba el Sacro Imperio Romano Germánico y el Pontificado, así como los feudales en lo interno, en el siglo XVI se fue diluyendo, tal como era en la burguesía. Como explica Ciuro Caldani, las revoluciones inglesa, americana y francesa al Estado moderno lo “liberalizaron, lo democratizaron y lo nacionalizaron”<sup>62</sup>.

Esta internacionalidad nacida desde lo público para afirmar a los Estados comenzó a proyectarse en lo privado desde el siglo XVIII y en el siglo XIX marca un hito Savigny<sup>63</sup>.

Hoy, y se podría decir desde el final de la Segunda Guerra Mundial, ha irrumpido la posmodernidad<sup>64</sup>.

Ya hace tiempo señalaba Huntington: “Un mundo multicultural es inevitable porque un imperio planetario es imposible”<sup>65</sup>, para luego decir: “En un mundo de múltiples civilizaciones, la vía constructiva es renunciar al universalismo, aceptar la diversidad y buscar atributos comunes”<sup>66</sup>.

### **B. Aspectos generales de análisis cultural de la norma de Derecho Internacional Privado**

A la hora de realizar estudios sobre cultura y Derecho Internacional Privado, Jayme es un autor de referencia necesaria<sup>67</sup>.

60 Verdross, A. (1963). *Derecho Internacional Público*. 4ª ed. con la colaboración de Zemanek, K., trad., Truyol A. Madrid. Aguilar, 8 y sigs.

61 Ciuro Caldani, M. Á. (2000). “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”. En *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 24, 41-46, esp. 43.

62 Ciuro Caldani, M. Á. (2000). *Estudios de Historia del Derecho*. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 164.

63 Savigny, F. K. Von. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual*. T. VI. Madrid. Góngora. Mesía, J. (trad.).

64 Sánchez Lorenzo, S. A. (1994). “Posmodernismo y Derecho Internacional Privado”. En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVI – 1994. N° 2, jul.-dic., 557-585, esp. 558.

65 Huntington, S. P. (1995). *El choque de civilizaciones*. Buenos Aires - Barcelona - México. Paidós, 201.

66 *Ibidem*, 202.

67 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., 16.

Este profesor parte de la base de que los Estados tienden a la integración económica y que por cuestiones de identidad cultural, los pueblos que tienen una tradición común pretenden separarse de los grandes Estados de los que forman parte y ser naciones independientes.

Por un lado, está la voluntad de la integración económica y, por otro, el querer mantener la identidad cultural.

Este escenario es a nuestro criterio más propio de Europa que de Latinoamérica, donde la identidad cultural es más homogénea y la realidad económica hace más difícil la integración<sup>68</sup>.

Las dos primeras premisas de Jayme han cambiado. El mundo de 2000 es muy diferente en muchas cosas al que tenemos en la actualidad.

El Derecho Internacional Privado y la norma indirecta como aspecto nuclear de él siempre han estado ligados a análisis culturales. De hecho, la respuesta al caso internacional privatista necesita, por lo menos, en la elaboración y aplicación de la norma de su estudio<sup>69</sup>.

Quince años después de su artículo sobre posmodernidad Sánchez Lorenzo<sup>70</sup> nos dice: “El Derecho Internacional Privado ofrece un banco de pruebas excelente para medir el alcance real del pensamiento posmoderno, y, en particular, dos de sus postulados esenciales: el fin del mito universalista y la emancipación frente al Estado”.

### C. Derecho y cultura

Se puede afirmar que el Derecho forma parte de la cultura<sup>71</sup>. Podemos decir, junto a Sacco<sup>72</sup>: “*Dans le langage de l’anthropologue, le mot ‘culture’ ne*

68 Ciuro Caldani, M. Á., ha demarcado esto en diversas publicaciones, entre las que destacamos: (2004). “Comprensión Comparativa de la Historia Cultural de la Unión Europea y el Mercosur”. En *Puente@Europa*, año 2, N° 6, 8-10. (2004). “Bases culturales de la relación de la Unión Europea en el mundo actual, con especial referencia al Mercosur”. En *Derecho de la Integración*, N° 14, 23-33. (2002). “Bases filosóficas para el Derecho Internacional Privado de la integración interna y externa de la Argentina, con especial referencia al Mercosur”. En *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 26, 77-86. (2001). “Problemática de la recepción del modelo comunitario europeo en el Mercosur”. En *Mercosur-Unión Europea*. Ruiz Díaz Labrano, R. (dir. y comp.). Asunción. Intercontinental-ECSA-AL, 243-254. (1997). “Derecho y cultura en el Mercosur”. En AA. VV. *Desafíos del Mercosur*. Buenos Aires. Ciudad Argentina, 61 y sigs.

69 Ciuro Caldani, M. Á. (2000). “Acerca de la estructura cultural de la norma iusprivatista...”. En ob. cit., 35.

70 Sánchez Lorenzo, S. (2010). “Estado Democrático, posmodernismo y el Derecho Internacional Privado” N° 10. Recuperado de <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/537>.

71 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., 35.

72 Sacco, R. (2008). *Anthropologie juridique...* Ob. cit., 3.

*désigne pas seulement le patrimoine des connaissances que possède chaque individu; c'est aussi l'ensemble des valeurs, traditions, coutumes, croyances et façons de penser qui caractérisent chaque communauté humaine. Un élément de la culture de l'homme est le droit, que l'homme met en action, connaît et exprime*".

La noción y el contenido del Derecho varían según las culturas; esto, proyectado al Derecho Internacional Privado, es el fundamento del estudio del Derecho Comparado.

El normativismo ha descartado todo aspecto sociológico que hoy la antropología rescata. El antropólogo aprende del jurista, confronta modelos de los cuales hoy los juristas, a criterio del citado autor francés, no prestan la debida atención<sup>73</sup>.

En mayor o menor medida toda cultura que entra en contacto con otra se fusiona en mayor o menor proporción<sup>74</sup>.

Y esto ha sido así también en América con las culturas de los pueblos originarios y es hoy así con la cultura estadounidense y anglosajona como dominante de los últimos tiempos.

No solamente desde las personas y el liberalismo, sino por ejemplo con la *lex mercatoria* y todas las reglas comerciales<sup>75</sup>.

#### **D. Cultura y cultura legal**

Existe una relación estrecha entre la cultura y la forma de resolver las controversias, así como entre la pluralidad legal y cultural<sup>76</sup>.

Los cambios procesales generan cambios culturales y, en lo transnacional, el proceso debe adaptarse a las diferentes culturas; esto lo vemos plasmado, por ejemplo, en las formas especiales que autorizan los Tratados sobre Derecho Procesal Internacional<sup>77</sup> y en la aplicación de la teoría del "uso jurídico" en materia procesal internacional<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> *Ibidem*, 12.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>75</sup> Giménez Corte, C. (2011). *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva lex mercatoria*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma, 216.

<sup>76</sup> Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual. Disputing systems in corsss-cultural context*. New York. New York University Press, 2: "That so many different societies have found different solutions to the common human goal of handling disputes while maintaining a cohesive collective life argues for the study of disputing in cultural and social context".

<sup>77</sup> Puede verse nuestro trabajo: (2008). "Ley que rige el proceso en casos iusprivatistas internacionales". En Diario *La Ley*, año LXXII – N° 165 – 28-8-2008, 1-6, esp. 3.

<sup>78</sup> Puede verse nuestro trabajo: (2008). "La prueba en el proceso con elementos extranjeros". En *JA*, T. 2008 – IV, 20-38.

El Derecho opera cambios en los parámetros culturales. Chase lo denomina “cultural software”<sup>79</sup>. Visto desde la teoría tridimensional del Derecho es un reparto proyectado<sup>80</sup>.

A lo largo de la historia se ha comprobado esto con los procesos codificadores; por ejemplo, el Código Civil Francés y sus influencias en otras codificaciones, como la argentina<sup>81</sup>.

La manera en cómo se resuelve una disputa y su procedimiento tienen una influencia cultural en los valores que genera en una sociedad<sup>82</sup>.

En Argentina, los procesos interminables, con incidentes y chicanas, donde mentir no posee consecuencias, genera un inconsciente cultural del aquí no pasa nada y después de todo ir a juicio es lo mejor. La viveza y el fingimiento son características jurídicas, políticas y culturales de la Argentina<sup>83</sup>.

Si se quiere poner un ejemplo de otro extremo, valga esta cita sobre la cultura jurídica en Japón: “El nunca usar la ley, o ser requerido por la ley, es el deseo normal de cualquier japonés honorable. El seguir un procedimiento ante la Corte, aun cuando se haga en defensa de los propios intereses, se considera una cuestión vergonzosa. No existe, en síntesis, deseo alguno de relacionarse con la administración de justicia”<sup>84</sup>.

De forma positiva, instituciones como el *forum non conveniens* en el common law, o el foro de necesidad en el Derecho Continental, pueden ser utilizadas como facultad del juez ante razones culturales alegadas<sup>85</sup>. Y eso lo vemos plasmado en los arts. 2597 y 2595, inc. c), del Código Civil y Comercial.

Podemos entonces hablar de la cultura legal de un pueblo; junto a Gibson y Caldeira es factible decir que hay diferentes dimensiones de los

79 Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual...* Ob. cit., 127.

80 Goldschmidt, W. (1996). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. 6ª ed. Buenos Aires. Depalma, 11.

81 Ciuro Caldani, M. Á. (2004). “El bicentenario del Código Civil francés. (Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina)”. En *JA*, T. 2004 – I, 948 a 956. Y del mismo autor: (2000). “Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sarsfield. (Bases para su ‘análisis cultural’)”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield: bicentenario de su nacimiento (1800-2000). Vol. 4. Buenos Aires. Ediciones de la Academia, 327-341.

82 Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual...* Ob. cit., 6.

83 Ciuro Caldani, M. Á. (2012). “Análisis jusfilosófico de la viveza y el fingimiento. (Con especial referencia a la cultura jurídica argentina)”. En *Bases del pensamiento jurídico*. Rosario. UNR Editora, 79 y sigs.

84 Villaseñor Rodríguez, F. (2004). “El Derecho en el lejano Oriente”. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association; select Works – october 2004*. Recuperado de [http://works.bepress.com/cgi/view\\_content.cgi?article=1001&context=fernando\\_villaseñor\\_rodriguez](http://works.bepress.com/cgi/view_content.cgi?article=1001&context=fernando_villaseñor_rodriguez).

85 Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual...* Ob. cit., 78.

valores legales en la cultura, de este modo: *“But exactly what sort of values are important within legal cultures? Here we distinguish among three sets of orientations: (1) Legal consciousness, which refers to specific attitudes toward legal issues and institutions; (2) legal cultural values, by which we mean more general values relevant to the legal system but not necessarily closely connected to it; and (3) more general cultural values, such as a preference for individualism versus collectivism, trust in people, and so forth”*<sup>86</sup>.

Se trata de poder analizar la resistencia o tolerancia al cambio en el Derecho, la percepción sobre la neutralidad de la ley y la valoración que se hace respecto de la prioridad en lo individual o lo colectivo.

Los autores arriba mencionados revelan que existen en Europa diferencias de actitudes entre ciudadanos de diferentes Estados, destacan que los niveles educativos poseen gran influencia en Europa sobre las actitudes ante el cumplimiento de la ley.

En Argentina creo que podemos decir que, por una parte, los niveles de educación influyen ante las actitudes de cumplimiento de la ley, pero a su vez es de público y notorio que la corrupción en niveles políticos y empresariales se da entre personas universitarias y/o de medio a alto nivel económico.

Aunque debemos destacarle a Gibson y Caldeira que esto también lo visualizan cuando demarcan que las consecuencias de la actitud cultural ante la ley poseen su replique en lo político.

### ***E. Multiculturalidad y soluciones de casos***

Si vemos el Derecho como fenómeno cultural, sin quitar por ello su intrínseca raíz natural, podemos decir, junto a Zweigert: *“Le fait que tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérées indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique est confirmé avec une force particulière par les enquêtes de droit comparé”*<sup>87</sup>.

Todo buen sistema jurídico se adapta a la realidad social y el Derecho Comparado ayuda a ello, dado que busca soluciones idénticas para caminos diferentes, donde en definitiva la idea base de justicia es la misma<sup>88</sup>.

86 Gibson, J. L. ; Caldeira, G. A. (2011). “The legal Cultures in Europe”. En ob. cit., 132 a 142, esp. 133.

87 Zweigert, K. (1966). “Des solutions identiques par des voies différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé)”. En *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 18, N° 1, 5-18, esp. 13.

88 *Ibidem*, 17.

Los límites de la comunidad jurídica que Savigny había identificado y el método conflictualista han entrado en crisis y cambiado por una búsqueda neo estatutaria. Esta ruptura metodológica se encuentra en busca de nuevas soluciones y, en general, toda ruptura, al principio, posee tendencias regresivas<sup>89</sup>.

A su vez, existe una tendencia a un Derecho Internacional Privado de uso planetario, como La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 o la Convención de la Haya de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores, del mismo modo que el avance y la estandarización de ámbitos en los que opera la *lex mercatoria*<sup>90</sup>.

Desde la realidad de la multiculturalidad hay autores que plantean una antropología legal que ayuda a resolver el caso<sup>91</sup>.

Se establece que los conocimientos antropológicos y culturales deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver el caso. Esto desde hace tiempo ha sido experimentado en los EE.UU. con los pueblos originarios y en U.K. con los inmigrantes sudasiáticos.

Se parte de la base de que el “discurso jurídico” del Estado posee desacuerdos con el “discurso” de la cultura o culturas que conviven dentro de ese sistema jurídico vigente.

Para ello se propone como solución que en este tipo de casos complejos existan “mediadores culturales” que con su experiencia puedan hacer defensa y justicia en el caso.

Para los latinoamericanos, se traduciría en que autoridades de las comunidades originarias o de colectivos de inmigrantes, como los chinos, en la actualidad, tengan derecho a que los asistan en el punto que estamos planteando.

Para los extranjeros esto está abierto en la asistencia consular, pero suele reducirse al plano de lo penal. En lo interno - intercultural podría asumir este rol la defensoría del pueblo convocando a las autoridades como *amicus curiae*, una figura que podría denominarse “defensor del elemento extranjero”.

En esta línea, en la experiencia comparada, este método nació para el Derecho Penal, pero en los últimos tiempos se viene utilizando en materia civil, porque la cultura es relevante como evidencia o prueba en todas las circunstancias del caso. Es así que tenemos a los musulmanes y los temas de menores en Europa y Estados Unidos, pueblos originarios, inmigrantes latinoamericanos, personas de las villas miseria, en Argentina, etc.

89 Muir Watt, H. (2001). “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation. (Aspects de Droit International Privé)”. En Calvo Caravaca, A. L.; Iriarte Ángel, J. L. *Mundialización y Familia*. Madrid. Colex, 11-22, esp. 15.

90 Jiménez Corte, C. (2010). *Usos comerciales, costumbre jurídica y...* Ob. cit.

91 Holden, L. (2011). *Cultural expertise and litigation*. New York. Routledge.



La multiculturalidad se transforma en una suerte de elemento extranjero dentro de la nación y allí la respuesta de consideración de respeto se vuelve del respeto del elemento extranjero al elemento interpersonal<sup>92</sup>.

Se trata de poder realizar síntesis cuando las creencias individuales contravienen el Derecho tanto a nivel sustancial como procesal.

Requiere un trabajo interdisciplinario entre jueces y antropólogos, es una sociología legal. Se utiliza la cultura como argumento legal, sin “cosificar” la cultura.

Si esto no es tenido en cuenta se cae en el riesgo de asumir un panorama irreal a la hora de establecer la definición del conflicto de leyes.

Además de la cultura de la que la persona proviene, debe tenerse en cuenta la cultura en la que la persona quiere vivir y el grado de inculturación que posee por el tiempo en el extranjero u otras circunstancias. Como los casos de gitanos o paraguayos que poseen el guaraní como lengua materna y hace décadas que viven en la Argentina.

Esta postura va en la línea de un Derecho Internacional Privado interpersonal.

Sobre la experiencia cultural en el litigio, Holden<sup>93</sup> destaca la diferente realidad de los inmigrantes musulmanes en EE.UU., a contrario de U.K., Francia o Alemania. Son pocos y en general de clase media profesional, con lo cual se adaptan mejor. Sin embargo, hay barreras culturales; así, relata el caso de una mujer a la que su marido le planteó divorcio en EE.UU., con un hijo, y debía ser deportada. De la zona de la India de donde era la condición de divorciada, con un hijo, le hacía imposible que alguien le diera trabajo; este se pudo lograr introduciendo en la Corte un experto en Derecho Indio.

Otro ejemplo<sup>94</sup> es el del Reino Unido, que posee los Tribunales Británicos Musulmanes de Arbitraje; es como un regreso a praetor peregrino romano o, si se quiere mejor, a los tribunales especializados en Derecho Internacional Privado que tanto reclamaba Werner Goldschmidt<sup>95</sup>.

92 Ciuro Caldani, M. Á. (2010). “Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era. (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)”. En *Investigación y Docencia* N° 43, 21-35.

93 Holden, L. (2011). *Cultural expertise and litigation...* Ob. cit., 29.

94 *Ibidem*, 48.

95 Goldschmidt, W. (1958). “La autonomía del Derecho Internacional Privado”. En *JA*, Tomo 1958-II, abril-junio. Sec. Doctr., 146-50. Y del mismo autor: (1970) “¡Que se entregue a los especialistas la aplicación práctica del Derecho Internacional Privado!”. En *ED* Tomo 33 – 1970, 775-778.

### ***F. Identidad cultural e interpersonalidad en el Derecho Internacional Privado***

La cultura jurídica actual asigna un rol primordial a los derechos fundamentales del hombre, que han aproximado al Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público, así como a lo público y privado en el Derecho Interno<sup>96</sup>. Y la tendencia es a un monismo del Derecho.

Tal vez nosotros nos atrevemos a decir que todo es, en definitiva, un solo ordenamiento y ya no caben las distinciones tajantes entre Derecho Internacional Público y Derechos Internos. Todo es un gran sistema entre subsistemas estatales y regionales, comunes e integrados.

El Derecho Internacional Privado busca entre la diversidad de leyes de los Estados la solución justa para la comunidad internacional<sup>97</sup>.

Por un lado, está la norma de conflicto que predominó en el siglo XIX<sup>98</sup> y el principio de proximidad<sup>99</sup>, ambos métodos hoy se utilizan en simultáneo.

La tendencia del reconocimiento de la salvaguarda de la identidad cultural de la persona tiene repercusiones en el Derecho Internacional Privado<sup>100</sup>.

Por otro lado, se deja en un segundo plano a la nacionalidad como punto de contacto y se coloca en primer lugar la identidad cultural concreta de la persona; esto, a su vez, conduce a un nuevo modo de pesar los problemas interlocales o interregionales y, al mismo tiempo, lleva a conflictos interpersonales de leyes o a una interpersonalidad del Derecho Internacional Privado<sup>101</sup>. La nacionalidad se traslada al contacto de la comunidad a la que la persona pertenece dentro de esa nacionalidad.

En la Argentina se da recurrentemente el fenómeno de la doble nacionalidad, española o italiana, o la múltiple nacionalidad reconocida por otros Estados o por nuestra república. El principio de nacionalidad real y efectiva<sup>102</sup> es de proximidad cultural.

96 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., nota 1, 37. Rigaux, F. (1977). *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*. Paris. Pedone. Mills, A. (2009). *The confluence of Public and Private...* Ob. cit., 206.

97 Kegel, G. (1982). *Derecho Internacional Privado*. Betancourt Rey, M. (trad.). Bogotá. Ediciones Rosaristas.

98 Gaudemet-Tallon, H. (2005). *Le pluralisme en droit international privé...* Ob. cit.

99 Lagarde, P. (1986). *Le principe de proximité dans le droit...* Ob. cit., 130.

100 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., nota 1, 171.

101 Ciuro Caldani, M. Á. "Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era. (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)". En *Investigación y Docencia* N° 43, 21-35.

102 Corte Internacional de Justicia. Caso: "Nottebohm (Liechtenstein c/ Guatemala)".

Existe una relación entre diversidad de leyes y cultura; en ocasiones responde al reconocimiento de minorías, otras veces la diversidad normativa no se identifica con la diversidad cultural, como sucedía con las dos alemanias.

El art. 149 de la Constitución española es un ejemplo de diversidad de leyes por diversidad cultural. La vecindad civil como punto de contacto es un modelo de reforzamiento de la unidad mediante el reconocimiento de culturas<sup>103</sup>.

Los conflictos interpersonales llevan en el caso de Latinoamérica a reconocer los derechos y las costumbres de los indígenas, es una especie de regreso a los estatutos personales, y un ejemplo lo tenemos en el Derecho Islámico, donde a los musulmanes se les aplica su Derecho Religioso que coincide muchas veces con los del Estado, y a los no musulmanes se les permite regirse por las leyes de su religión<sup>104</sup>.

Importante es citar, sin pretender hacerlo de forma exhaustiva en este trabajo, algunas Constituciones latinoamericanas, como la del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando dice en su art. 1º: “Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos”<sup>105</sup>.

En la Constitución venezolana<sup>106</sup>, desde su exposición de motivos a su texto, la cultura es mencionada en ochenta y cuatro oportunidades. Destacamos del preámbulo: “[...] Adicionalmente, se enfatiza el principio de igualdad de las culturas y el de la interculturalidad, y se destaca la promoción de las expresiones populares que conforman y modelan cada naturaleza autóctona regional, para luego constituir una entrecruzada sumatoria de creaciones que configuren el conjunto definitorio de la Nación”<sup>107</sup>.

La Constitución de Ecuador<sup>108</sup> nombra los Derechos Culturales y a la cultura y la pluriculturalidad ciento veintinueve veces a lo largo de su

---

Recuperado de <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lg&case=18&k=26&p3=0>.

103 Borrás Rodríguez, A. (1994). *Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International privé actuel*. Recueil des Cours. Vol. 249.

104 Tarabey, L. (2013). *Family law in Lebanon*. London. Tauris.

105 Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucionbolivia.pdf>. Y destacamos el art. 7º, inc. e, cuando dice: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: e. A recibir instrucción y adquirir cultura”.

106 Recuperado de [http://www.ciemi.org.ve/pdf/constitucion\\_venezuela.pdf](http://www.ciemi.org.ve/pdf/constitucion_venezuela.pdf).

107 Destacamos el capítulo VIII dedicado a la defensa de los Derechos Indígenas con fuerte énfasis en la cultura.

108 Recuperado de [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf).

texto. Destacamos que su preámbulo dice: “[...] apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad [...]”, y el art. 1º: “El Ecuador es un Estado constitucional de Derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

El artículo expresa que nadie puede ser discriminado por su identidad cultural.

En menor tenor en cuanto solamente habla de los pueblos originarios tenemos el art. 75, inc. 22, de la Constitución Argentina.

En materia de restitución de menores, el retorno a la residencia habitual de los menores sustraídos posee un alto componente cultural.

La pluralidad de culturas y el afán actual de su respeto le exigen al Derecho Internacional Privado una mayor pluralidad metodológica.

### *1. Teoría de las dos fases*

Para la aplicación del factor cultural en la resolución del caso, Erik Jayme desarrolla la teoría de las dos fases<sup>109</sup>. La primera fase es la solución del conflicto de leyes para la designación de la ley aplicable, la segunda fase concierne a la interpretación de la ley sustancial teniendo en cuenta la ley cultural.

El autor pone como ejemplo el caso del matrimonio de Heidelberg, de 1986, entre un alemán y una mujer de Camerún.

Al momento de casarse con la mujer de Camerún, estaba casado con otra de Kenia. Ese primer matrimonio fue disuelto posteriormente por divorcio en pronunciamiento de un tribunal alemán y la esposa del segundo matrimonio se instala en Alemania; cuando muere el esposo, el Ministerio Público alega la nulidad del segundo matrimonio por impedimento de bigamia.

El tribunal le reconoce el matrimonio dado el abuso de derecho sobre una mujer de Camerún, de una cultura diferente, y que en Alemania tiene pocos contactos con gente que no sea de su comunidad. Además, no hablaba alemán.

La fase cultural del método ha sido tener en cuenta la ley de Camerún.

109 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., nota 1, 245. Nos dice puntualmente el autor, en la pág. 263, sobre la concreción de la teoría de las dos fases: “*Si la règle des conflits conduit à la loi d’un Etat, le juge peut tenir compte dans le cadre de cette loi des normes d’un groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leur comportement, si une telle prise en considération correspond à l’attente légitime des parties*”.

La esencia de la consideración del elemento cultural es que el Derecho Internacional Privado debe servir como instrumento para la salvaguarda de la paz, al ser un canal de comunicación intercultural<sup>110</sup>.

## 2. *Datum Theory*

Para la concretización del Derecho Extranjero aplicable Büchler propone la “Datum Theory”<sup>111</sup>. Aquí se tiene en cuenta la localización del elemento extranjero relevante con un criterio de relevancia moral, esto da significancia a la flexibilidad del Derecho Extranjero aplicable.

Estas aproximaciones no significan integración ni mosaico de normas y tampoco una connotación cultural pura, sola o perceptiva, sino que la remisión al Derecho Extranjero no debe ser solamente formal.

El pluralismo cultural genera un pluralismo legal, donde junto con el sistema jurídico oficial del Estado conviven sub-infra-sistemas legales de colectivos sociales. El sistema y los subsistemas interactúan entre sí. Actualmente en Argentina los vemos, desde antaño con los gitanos, desde siempre con el tribunal eclesiástico en la Iglesia Católica y desde hace poco con los inmigrantes chinos. Parecido es con los pueblos originarios en forma particularmente pronunciada en Chile.

No solamente los sistemas interactúan, sino que van adquiriendo identidad sociocultural; de este modo, dice Büchler: “*Legal pluralism is thus both an analytical framework and the cypher determinig the simultaneous fragmentation, pluralisation, superposition and fision of legal systems*”<sup>112</sup>.

La tensión está dada entre un orden legal centralizado por el Estado, o la apertura a un pluralismo legal basado en una antropología cultural, asentada sobre una multiplicidad de comunidades dentro del entramado social<sup>113</sup>.

En lo que hace al Derecho de Familia estaríamos hablando de “familia autorregulada”, donde cada colectivo o comunidad específica sigue el derecho de su tradición cultural. Un ensayo de esto se puede ver en la armonización entre la pluralidad de Derechos de Familia entre cada uno de los Estados Europeos y la armonización con el Derecho Comunitario.

110 *Ibidem*, 262.

111 Büchler, A. (2011). *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*. Surrey. Ashgate, 58.

112 *Ibidem*, 74.

113 Sacco, R. (2008). *Anthropologie juridique...* Ob. cit., 3.

Esto funcionó en la Colonias, en especial de Inglaterra, donde el Common Law trasplantado tuvo que convivir con el Derecho local que siguió como costumbre<sup>114</sup>.

Explica Büchler: “Resolving the cultura-versus-rights conundrum requires an approach combining cultural and individual autonomy in the private sphere. Protecting choice, promoting inclusion must be the goal, reconciling the protection of cultural identity and autonomy on the one hand with the advancement of social and legal inclusion on the other hand”<sup>115</sup>.

El límite de la autonomía se da dentro del marco de los DD.HH.<sup>116</sup>, tomados como lo más universal y luego de modo más flexible en los Derechos y Garantías consagrados en la CN<sup>117</sup>. Este marco es el que se toma como de convergencia de valores. Y, a su vez, las Convenciones de Derechos Humanos reconocen el derecho a la diversidad cultural y su promoción dando al mismo tiempo un límite sobre los derechos individuales y otros derechos colectivos.

La contractualización del Derecho de Familia es una expresión posmoderna del individualismo y del actual Derecho Occidental.

### 3. Teoría del uso jurídico

A nuestro criterio, todo lo que se ha desarrollado en los últimos años sobre esta temática es compatible con la teoría del uso jurídico<sup>118</sup>. El tener en cuenta el elemento cultural es parte del máximo respeto al elemento extranjero como primer valor de justicia en el Derecho Internacional Privado<sup>119</sup>.

De hecho, nos dice Goldschmidt que en la exposición de la teoría del uso jurídico se hace referencia a lo cultural<sup>120</sup>.

114 Casal, P. M. (1996). *Sistemas Legales Contemporáneos*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano, 132 y sigs.

115 Büchler, A. (2011). *Islamic Law in Europe?...* Ob. cit., 93.

116 Además del Pacto de San José de Costa Rica en el acervo normativo también deben ser incluidos el Protocolo sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; consentimiento y edad para contraer matrimonio, 1962; discriminación contra la mujer, 1979; carta social europea, 1961, y Pactos de Derechos Civiles y Políticos dentro de OEA.

117 En particular, los arts. 14, 20, 75 inc. 17 y 125.

118 Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 229.

119 Goldschmidt, W. (1985). “Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero”. En *LL Tomo 1985 – E*, 716 a 22.

120 Goldschmidt, W. (1996). *Introducción filosófica...* Ob. cit., 607.

La antropología jurídica rescata el aspecto sociológico del caso. El elemento cultural es parte necesaria de la imitación del Derecho Extranjero y de la resolución del problema de adaptación de la norma.

## VI. Conclusiones

El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial es un gran avance legislativo para la República Argentina, en una normativa moderna, completa, que responde a un consenso en lo doctrinario y jurisprudencial de lo anteriormente existente en la materia.

En cuanto al aspecto iusprivatista del caso, debemos ahora decir que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público Extranjero con la única limitante del orden público aplicado *a posteriori* y como conjunto de principios. Si asumimos el problema de la adaptación de la norma desde el uso jurídico, puede hablarse de una teoría del “envío pleno” al Derecho Extranjero y, a partir de allí, todo el ordenamiento extranjero debe ser tenido en cuenta y no sólo el Derecho Civil o una parte de él.

Entendemos que las normas jurídicas aplicables abarcan todo el Derecho Internacional Privado, de las cuales asumimos las normas generales, la competencia judicial internacional, la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados y las normas de la parte especial sobre la que el caso trate para darle solución.

La posibilidad de la aplicación del Derecho que presenta vínculos más estrechos abre la puerta a la multiculturalidad e interpersonalidad del Derecho.

Se puede decir que la jurisprudencia sigue las calificaciones desde la *lex civili fori* para los puntos de contacto y la *lex civili causae* a la hora del arribo al Derecho aplicable. En las situaciones donde por el método analítico analógico se enfrenta el caso a problemas de desintegración se acude al método sintético judicial. Creemos entonces que será ésta la línea doctrinal y jurisprudencial que primará en el nuevo Código Civil y Comercial.

En la cuestión previa, la equivalencia se plantea como la teoría más justa. Con la jerarquización con primacía del Derecho Internacional Privado se suele arribar a las mismas soluciones. Sin embargo, las teorías de la jerarquización en todas sus vertientes no poseen solución por el método sintético legislativo, por ser imposible conjeturarlas de antemano de modo genérico, pero poseen solución mediante el método sintético judicial.

En el análisis del literal a) del art. 2595 del Código Civil y Comercial, pensamos que la norma viene a establecer el principio de oficiosidad.

En la resolución del caso con elementos extranjeros, se produce la gravitación de la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados, de

los cuales en los dos primeros nos encontramos con el Auxilio Jurisdiccional Internacional, abarcativo de las comunicaciones, información del Derecho Extranjero y de la producción de pruebas en el extranjero y el tercer grado está integrado por las medidas cautelares. Podemos pensar que la aplicación del Derecho Extranjero puede variar según como se traigan los actos al proceso y ello depende de las leyes rituales; incluso, podemos estar ante un caso en el que no se aplicará el Derecho Extranjero, pero sí son necesarios actos procesales llevados a cabo en el extranjero; por ello el juez, cuando busque la sentencia probable del juez extranjero, deberá también tener en cuenta los aspectos procesales que puedan tener influencia sobre él.

Pensamos que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público Extranjero, cuando el juez extranjero lo aplicase por sí para resolver el caso, con la única limitante del orden público del foro y a partir de la tolerancia con lo diferente, en una sociedad donde el reconocimiento y respeto de lo multicultural deben equilibrarse con la globalización.

La cláusula de excepción debe ser tomada por los operadores jurídicos en la comprensión profunda de su primera palabra, “excepcionalmente”, y que no intenten “escapar” del Derecho Internacional Privado. Esta norma abre las puertas a la consideración formal del elemento cultural en el caso de Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado y la norma indirecta como aspecto nuclear de él siempre han estado ligados a análisis culturales. Los cambios procesales generan cambios culturales y, en lo transnacional, el proceso debe adaptarse a las diferentes culturas; esto lo vemos plasmado, por ejemplo, en las formas especiales que autorizan los Tratados sobre Derecho Procesal Internacional y en la aplicación de la teoría del “uso jurídico” en materia procesal internacional.

La esencia de la consideración del elemento cultural es que el Derecho Internacional Privado debe servir como instrumento para la salvaguarda de la paz, al ser un canal de comunicación intercultural. El elemento cultural es parte necesaria de la imitación del Derecho Extranjero y de la resolución del problema de adaptación de la norma.