



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

Las tesis de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Carrera de Abogacía

Calificaciones, cuestión previa y reenvío:
Problemas interrelacionados

N° 594

Agustín Ibarra

Tutor: Dr. Matías Benedit

Departamento de Investigaciones
2013

Universidad de Belgrano
Zabala 1837 (C1426DQ6)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina
Tel.: 011-4788-5400 int. 2533
e-mail: invest@ub.edu.ar
url: <http://www.ub.edu.ar/investigaciones>

Índice

Introducción y planteo del problema	5
DIPr.: Estructura de sus normas	6
Tipo legal de la norma indirecta y sus características	7
La consecuencia jurídica y sus características	8
La cuestión previa	11
Soluciones posibles	11
Reenvío	14
Planteo del problema	14
Soluciones posibles	14
El reenvío en la legislación argentina	17
El problema de las calificaciones	18
Introducción	18
Calificaciones	18
Soluciones posibles	19
Interrelación de los problemas expuestos	21
Introducción	21
Calificaciones y cuestión previa: Determinación la naturaleza del caso	21
Calificaciones y reenvío: Determinar los términos de la norma indirecta	22
Conclusiones	23
Bibliografía	24

Introducción y planteo del problema

Cuando se presenta ante un juez un caso jusprivatista con elementos extranjeros el Derecho Internacional Privado se pone en acción a través de sus normas, por lo general indirectas, que lo ayudarán a poder resolver el planteo en cuestión.

Ante esta situación, se presentan problemas de distinta índole según la configuración de la plataforma fáctica del caso.

De los llamados “problemas del Derecho Internacional Privado”, he seleccionado el que a mi parecer es un problema que debe resolverse de manera previa a cualquier otro que se presente dentro del desarrollo lógico del proceso ya que se centra en la determinación y extensión de los términos empleados en la norma indirecta de la cual parte el juez para solucionar el conflicto de manera que se respete de manera primordial el/los elemento/s extranjero/s presente/s.

Me refiero en particular al problema de las calificaciones. Calificar significa determinar qué es lo que debemos entender en cada término empleado en la norma indirecta; ya sea en su tipo legal (aspecto del caso a resolver), su consecuencia jurídica (respuesta del ordenamiento jurídico al conflicto) o, finalmente, el encuadre que se le da al caso.

Para plantear el núcleo del presente trabajo es menester poner de relieve otros dos problemas de la parte general del DIPr. La cuestión previa y el reenvío.

Estas cuestiones tienen en común que intervienen otras normas indirectas o directas extranjeras que también poseen términos que deben ser resueltos pero con la particularidad de que podemos encontrarlos con más de un DIPr. extranjero (caso absolutamente internacional donde se acepte la teoría de la referencia máxima de la cantidad de derecho aplicable) o a su vez cuestiones vinculadas entre sí en la que el resultado de una determinará el resultado de la consecuente, motivo por el cual habrá que calificar la naturaleza del conflicto para poder determinar a su vez que cuestiones previas se presentaran para ser analizadas por el juez interviniente.

Finalmente, intentaré brindar conclusiones sintéticas de este trabajo para resolver hasta qué punto influye el problema de las calificaciones en la problemática de la cuestión previa y la cantidad de derecho aplicable.

Derecho Internacional Privado: Estructura de sus normas.

La estructura de toda norma jurídica está formada por dos partes. En la primera se plantea el problema que reclama ser resuelto en dicha norma y en la otra se otorga la solución al conflicto planteado con anterioridad. Estos fragmentos se denominan, respectivamente, tipo legal y consecuencia jurídica.

Dentro de cada uno de estos fragmentos encontramos elementos que deben estar presentes en el asunto concreto y elementos que no deben encontrarse en el mismo para que dicha norma sea aplicable al caso.

Una de las principales diferencias entre las normas mayormente empleadas en el Derecho Privado interno de las utilizadas en el Derecho Internacional Privado radica en la solución que la consecuencia jurídica da al tipo legal planteado originariamente.¹

En el caso de que la solución del tipo legal se produzca en el seno mismo de la norma en cuestión estamos en presencia del método directo. Por el contrario, si en la norma únicamente se determina como identificar el derecho que ha de ser aplicable al caso en concreto sin hacer referencia a él de manera expresa estamos ante la utilización del método indirecto.

En el Derecho Internacional Privado la generalidad de las normas deberían contener una consecuencia jurídica que haga uso del método indirecto y a su vez complementarse con los métodos analítico-analógico contenido en el tipo legal y sintético-judicial para lograr el merecido respeto al elemento extranjero que se presenta ante el juez que dirimirá el conflicto; ya que en el método indirecto se hace uso de una solución extraterritorialista mediante la cual se aplica al caso el derecho en el cual tiene su “*centro de gravedad*”².

Parte de la doctrina jusprivatista³ ha descrito la estructura de la norma indirecta a través de los siguientes elementos:

- a) Relación jurídica
- b) Elemento técnico vinculante
- c) Solución Legal

En donde la relación jurídica se desdobra en; 1) Relación jurídica propiamente dicha y 2) situación jurídica. La diferencia entre estos sub-elementos es el presupuesto fáctico a ser reglamentado: Mientras que en el primero se trata de una relación interpersonal entre dos o más conductas; en el segundo se presenta un presupuesto fáctico distinto: La relación se da entre una persona y un bien.

El elemento técnico vinculante es aquél medio técnico que se utiliza para poder identificar qué ordenamiento normativo será el que deberá brindar una respuesta a la relación jurídica.

Se trata de lo que Goldschmidt ha denominado como “punto de conexión”.

Finalmente, la solución legal; según este autor se encuentra dada por el derecho aplicable propiamente dicho⁴.

Para ejemplificar este modo de estructurar la norma indirecta analizaré la norma indirecta contenida en el Código Civil relativa a la validez, naturaleza y obligaciones producidas por los contratos perfeccionados en el extranjero cuyo lugar de cumplimiento este destinado a producirse también en el extranjero:

El articulado legal a analizar dispone:

Art. 1205, Cód. Civ.: “Los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados”.

¹ GOLDSCHMIDT, Werner; “*Derecho Internacional Privado*”; Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2011, pág. 6.

² Ídem, pág. 5.

³ ZUCCHERINO, Ricardo M.; “*Derecho Internacional Privado*”; Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis Argentina, 2008, pág. 14.

⁴ ZUCCHERINO, Ricardo M., op. cit., pág. 15.

Art. 1206, Cód. Civ.: “Exceptúense del artículo anterior aquellos contratos que fuesen inmorales, y cuyo reconocimiento en la República resultase injurioso a los derechos, intereses o conveniencias del Estado o de sus habitantes”.

Art. 1207, Cód. Civ.: “Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado”.

Art. 1209, Cód. Civ.: “Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones, por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”.

Según la estructura propuesta por el Dr. Zuccherino esta norma se debería descomponer de la siguiente manera:

- a) Relación jurídica: un contrato celebrado fuera del territorio de la República (relación jurídica propiamente dicha).
- b) Elemento técnico vinculante: El medio técnico que se utiliza para reconocer el derecho aplicable es el lugar de celebración.
- c) Solución Legal: Es aquélla que determine el ordenamiento jurídico del lugar de celebración.

Por el contrario, si analizamos la misma norma indirecta desde la estructura brindada por Goldschmidt se podría concluir que a los contratos celebrados en el extranjero destinados a ser cumplidos fuera del territorio de la República (característica positiva del tipo legal), siempre que no se manipule el lugar de celebración para violar la legislación nacional (característica negativa del tipo legal) se deberá aplicar el ordenamiento normativo del lugar de celebración del contrato (característica positiva de la consecuencia jurídica) siempre que esta norma no viole el orden público internacional de la República (característica negativa de la consecuencia jurídica).

A modo de opinión personal, tomaré para el desarrollo del presente trabajo la estructura de la norma indirecta brindada por Goldschmidt por su extrema claridad para la exposición y comprensión lograda por su impecable análisis sistémico de la norma indirecta.

Tipo legal de la norma indirecta y sus características

En el tipo legal se realiza una descripción fáctica que será solucionada a partir de la consecuencia jurídica; pero para ajustar el encuadre fáctico se deberá determinar con la mayor precisión posible sus características positivas (causa y hechos subyacentes al punto de conexión) y comprobar que no exista su característica negativa (fraude a la ley) en los hechos a los que se pretende aplicar la norma jurídica en el caso en concreto.

Características positivas del tipo legal: La causa y los hechos subyacentes al punto de conexión.

A) Causa

El repartidor que produce una norma jurídica, en aras de la aplicación del método analítico-analógico (mediante el cual se hace un análisis del caso en abstracto despedazándolo de manera lógica utilizando analógicamente las categorías del Derecho Privado) reglamenta solo un aspecto determinado del caso al que se le dará su correspondiente solución. Por ejemplo: forma del acto jurídico, capacidad de las partes intervinientes en un contrato, etc.

Este aspecto determinado sobre el cual recae el enfoque jurídico es denominado causa⁵.

⁵ GOLDSCHMIDT, Werner; “Derecho Internacional...”; pág. 187.

B) Hechos subyacentes al punto de conexión

En el tipo legal se debe realizar tanto una descripción lo más precisa posible del aspecto del caso a ser resuelto como también de los hechos que complementan al punto de conexión (que se encuentra en la consecuencia jurídica de la norma indirecta). Estos hechos subyacentes al punto de conexión deberán ser una suerte de recorte, es decir, una determinación temporo-espacial del mismo.

Esta característica positiva del tipo legal tiene un vínculo estrecho al punto de conexión (presente en la consecuencia jurídica) dado que el punto de conexión es definido tradicionalmente como el medio técnico a partir del cual indicamos el derecho aplicable para resolver el tipo legal. Este punto de conexión se basa en hechos, los cuales se encuentran en el tipo legal (como descripción de la plataforma fáctica en la cual la norma proyecta sus consecuencias). Por ello se sostiene que si bien el punto de conexión forma parte de la consecuencia jurídica, los hechos subyacentes al punto de conexión deben estar presentes en el tipo legal dado que son situaciones fácticas que lo complementan y se diferencian de la causa dado que esta es –como se ha mencionado con anterioridad– un aspecto fraccionado del caso a resolver y los hechos subyacentes al punto de conexión son hechos que deben delimitar el espectro del punto de conexión en el tiempo y el espacio.

A modo de ejemplo podemos tomar el punto de conexión “domicilio”: Si se sostiene que a la capacidad de testar ha de aplicarse la ley del domicilio del testador se arribará a resultados multívocos ya que de dicha afirmación no se puede concluir en que momento histórico se enfoca el caso para determinar el domicilio se está haciendo referencia; por lo cual se deberá complementar dicha información concluyendo que a la capacidad de testar se le aplicará la ley del domicilio del testador al momento de testar.

Característica negativa del tipo legal: Fraude a la ley

El fraude a la ley aplicable al caso se presenta cuando los sujetos manipulan de manera fraudulenta los hechos subyacentes al punto de conexión. Es decir que, para que acontezca la solución prevista en la consecuencia jurídica deben existir las características positivas mencionadas supra y a su vez no debe existir el fraude a la ley aplicable, entendido este como la manipulación de los hechos subyacentes al punto de conexión con distintas finalidades.

En caso de que se cometa con el fin de que un acto realizado en el pasado sin maniobras fraudulentas no produzca sus consecuencias propias (fraude retrospectivo). El fraude a la expectativa manipula los hechos subyacentes al punto de conexión de manera tal que, si bien el acto realizado es sincero, se trata de eludir desde su misma génesis sus consecuencias mediatas, a futuro. Finalmente, en el fraude simultáneo se producen actos que falsean los hechos ab initio con el fin de evitar las consecuencias inmediatas que dicho acto produce⁶.

La consecuencia jurídica y sus características

La consecuencia jurídica de las normas indirectas es donde radica se diferencian las normas que toman soluciones territorialistas con aquellas que determinan una solución extraterritorialista con la consecuente aplicación de la ley extranjera.

Al igual que el tipo de conexión la consecuencia jurídica tiene características positivas que deben presentarse en el caso concreto para que se produzca la solución prevista en ella y a su vez no debe acaecer la característica negativa que tornaría inaplicable la norma en cuestión.

Características positivas: Puntos de conexión (conexión) y Lo conectado

La primera característica positiva de la consecuencia jurídica de la norma indirecta se refiere a la determinación del derecho aplicable al caso concreto.

⁶ GOLDSCHMIDT, Werner; “Derecho Internacional...”, págs. 198-199.

Es decir que, si se le da una solución estática y nominativa estaremos en presencia de una conexión mientras que de presentarse la determinación del derecho aplicable de manera variable y sujeta a las circunstancias particulares de cada caso concreto estaremos en presencia de los puntos de conexión.

Para caracterizar los puntos de conexión se los puede definir como el medio técnico mediante el cual se puede determinar el derecho aplicable al caso concreto sin que, en abstracto y apriorísticamente se desprenda de la norma la indicación nominativa de la ley aplicable.

La segunda característica positiva⁷ de la consecuencia jurídica hace referencia al derecho identificado mediante el punto de conexión.

Como sostiene Goldschmidt se plantean dos interrogantes cuando se determina como aplicable legislación extranjera, a saber:

- 1) ¿A qué ordenamiento de un país se ha hecho referencia?

En esta hipótesis se presenta el problema en el caso de que en el país al cual nos remitimos mediante el punto de conexión existen distintos derechos separados territorialmente entre sí y, de presentarse un punto de conexión nacionalista surgiría el problema de determinar cuál de todos los ordenamientos vigentes en dicho país al cual se nos envía por el punto de conexión.

- 2) ¿Qué parte de este ordenamiento es la aplicable?

Aquí se presenta el llamado problema de la cantidad de Derecho extranjero aplicable al caso concreto. Dado que nuestra norma indirecta puede determinar como aplicable el Derecho Privado del país al que nos remite, o bien puede determinar aplicable las normas de exportación del país conjuntamente con su Derecho Privado o finalmente aplicar todo el Derecho Internacional Privado extranjero con sus consecuentes normas de importación (en el cual se determina la aplicación de la ley extranjera) y normas de exportación (determina la aplicación de la *lex fori* al caso concreto). Estas teorías que vienen a solucionar el denominado problema de la cantidad del derecho aplicable y se denominan teoría de la referencia mínima, media y máxima respectivamente. Volveremos *infra* con este punto de vital importancia para este trabajo.

- 3) ¿En qué concepto aplicamos en nuestro país partes de un ordenamiento extranjero?

Aquí se presenta el problema de la *calidad* de derecho aplicable. Depende la teoría que se adopte se puede determinar que, se *nacionalice* la ley extranjera o sus fuentes de producción por acción del legislador al momento del dictado de la norma indirecta en cuestión, o bien que el juez es el que *nacionaliza* el derecho extranjero al momento de dictar sentencia (teorías de la nacionalización legislativa material o formal y nacionalización judicial respectivamente). Otra solución al problema de la calidad de derecho aplicable es la teoría que aplica el derecho extranjero como legislación extranjera.

La teoría que más se ajusta a la necesidad del respeto al elemento extranjero es la teoría del uso jurídico, según la cual, no se aplica el derecho extranjero como un ordenamiento normativo (nacionalizado o extranjero) sino que toma al Derecho extranjero como un hecho y según Goldschmidt el hecho decisivo apuntado por la teoría del uso jurídico es la sentencia que con el mayor grado de probabilidad dictaría el juez extranjero sobre el caso concreto sometido a su Derecho.

Característica negativa: Orden público internacional. Aplicación.

La aplicación del derecho extranjero a un caso que se presenta en la República Argentina queda condicionada por la compatibilidad de lo dispuesto por el Derecho extranjero en relación a los principios que inspiran nuestro derecho dado que tomamos la concepción que determina al orden público internacional como un conjunto de principios los cuales deben ser compatibles con las disposiciones del Derecho extranjero que se intentan aplicar al caso concreto; caso contrario, el orden público frenará la aplicación de la ley extranjera determinada aplicable por su norma indirecta en aras de la protección de mencionados principios fundamentales.

⁷ GOLDSCHMIDT, Werner; “Derecho Internacional...”, pág. 209.

A modo de ejemplo para echar luz sobre la diferencia entre la concepción del orden público internacional como conjunto de disposiciones o principios podemos citar el ejemplo de la legítima en un sucesorio.

Si en un caso concreto se determinara que es de aplicación (a través del punto de conexión) un ordenamiento jurídico en el cual se concibe a la legítima de los descendientes del causante como las dos terceras partes del patrimonio relicto a diferencia de nuestro Derecho Sucesorio que establece que la legítima de los herederos forzosos por línea descendente es de cuatro quintos; sería distinta la solución que el juez brindaría según considere al orden público internacional como un conjunto de disposiciones o como un conjunto de principios, a saber:

- En caso de que considere al orden público internacional como un conjunto de disposiciones, desearía al Derecho extranjero y aplicaría, sin más, el Derecho nacional del juez en cuestión. Este tipo de decisiones resultan sumamente reprochables ya que se estaría respetando al elemento extranjero únicamente cuando éste es idéntico al Derecho nacional del juez.
- Caso contrario, al tomar como aplicable la concepción de orden público internacional como un conjunto de principios, sería aplicable el Derecho extranjero en cuestión ya que se estaría respetando el principio del cual deriva la institución que se discute (la legítima como forma de protección a los derechos de los herederos forzosos).

La Cuestión Previa

Al utilizar el método analítico-analógico y descomponer el caso en las distintas categorías del Derecho Privado, el legislador realiza a priori una síntesis para equilibrar en justicia las previsiones normativas por él realizadas. Es decir que, al contar con este método sintético legislativo de control se evitan las incoherencias e injusticias provocadas en la aplicación de dichas normas al presentarse casos absolutamente internacionales.

Dada la unicidad propia del Derecho como ordenamiento normativo, un aspecto del caso puede tener repercusión en otro aspecto del mismo. Aquí nos encontramos con los denominados aspectos conexos pero, dentro de estos aspectos conexos se encuentra una hipótesis especial en la que se centra este trabajo: la cuestión previa. La misma se presenta cuando un aspecto es lógicamente condición de otro⁸.

En relación a las teorías que se presentan a continuación adelanto mi posición de que no se puede establecer en abstracto una teoría que realice el valor justicia en un análisis *ex ante* de los hechos que serán presentados ante el juez que deba decidir la cuestión. Antes de finalizar el capítulo se dedicaran unas líneas para su análisis.

Soluciones posibles

Teorías de la jerarquización

Para resolver estas cuestiones, se enfrentan una pluralidad de teorías, a saber:

La teoría de la jerarquización, en la cual se dispone jerarquizar un aspecto del caso sobre el otro y aplicar al segundo la ley aplicable a la primera. Esta teoría se divide según el criterio de jerarquización: Una primera teoría de la jerarquización ideal parte de analizar el caso en abstracto y determinar qué aspecto del caso constituye condición lógica del otro.

Para ejemplificarlo podemos citar los hechos –y únicamente estos elementos– del conocido fallo “Grimaldi”⁹ en el cual un causante de nacionalidad italiana, teniendo su último domicilio en su país natal, ha adoptado una hija con domicilio y nacionalidad italiana; y ha dejado un inmueble y una cuenta corriente en la República Argentina.

De aplicar esta situación al juez argentino que entiende en la sucesión deberá aplicarle a la misma la legislación que sea indicada por la norma indirecta que dispone la solución sobre la validez de la adopción.

A su vez, existe un segundo criterio de jerarquización el cual considera como cuestión principal aquella que se presenta como petición en la demanda interpuesta, relegando como cuestión previa a aquellas cuestiones concatenadas a la primera que aún no han sido resueltas por autoridades reconocidas como legítimas.

La teoría de la jerarquización real puede a su vez desdoblarse según la cantidad de Derecho extranjero aplicable en una jerarquización real con preeminencia del Derecho Privado o, al contrario, con imperio del Derecho Internacional¹⁰.

En el primer supuesto, el juez que entiende en la demanda que contiene la cuestión principal debe aplicarle a la cuestión previa el *Derecho Privado* que su propio Derecho Internacional Privado determina como aplicable.

A modo de ejemplo podemos mencionar un caso en el que se inicia una sucesión de una persona con último domicilio en Francia que ha contraído nupcias a los 16 años con otra persona en Alemania. El juez argentino deberá aplicar a la sucesión la ley del último domicilio del causante, es decir, la legislación francesa y, si la legislación francesa determina que a la validez del matrimonio se le debe aplicar la ley del lugar de celebración, esta teoría de la jerarquización hace caso omiso a esta prescripción del Dere-

⁸ GOLDSCHMIDT, Werner; “*Derecho Internacional...*”, pág. 188.

⁹ Cám. Civ 2a de la Capital Federal, 22/12/48, “Grimaldi, Miguel Ángel s/ sucesión”.

¹⁰ ZUCCHERINO, Ricardo M.; *op. cit.*, pág. 25.

cho Internacional Privado francés y aplica sin más el Derecho Privado francés para determinar la validez del matrimonio que terminará repercutiendo finalmente en la resolución de la sucesión conforme a la ley francesa. Si en esta hipótesis, el Derecho Privado francés no admite el matrimonio entre dos personas que no tengan como mínimo 21 años de edad, el matrimonio será nulo siguiendo a la ley francesa y la viuda no heredará al causante.

En cambio, en el segundo supuesto, el juez argentino que entiende en la demanda deberá aplicar a la cuestión previa el Derecho Privado que, el Derecho Internacional Privado llamado por la norma indirecta del país del juez a resolver la cuestión principal determina aplicable.

Para brindar mayor claridad a esta teoría podemos tomar el mismo ejemplo precedente y comprender como se modifica el resultado final al modificar la teoría aplicada.

En este caso, la legislación francesa determina como aplicable a la validez del matrimonio la ley del lugar de celebración (Alemania) y suponiendo que en este país se admita el matrimonio entre personas que hayan cumplido los 16 años el matrimonio sería válido, por lo tanto la viuda heredaría al causante.

Goldschmidt¹¹ critica estas teorías fundamentando que son violatorias al método analítico-analógico ya que, si bien se fundamentan en que se debe imitar, con mayor grado de probabilidad, a la sentencia que dictaría el juez extranjero según su ordenamiento normativo no se debe dejar de lado la previsión del legislador nacional para la cuestión calificada como previa. Por lo tanto de aplicar estas teorías se producirían resultados disímiles entre dos casos cuyos hechos sean idénticos con una sola diferencia: una sentencia nacional de reconocimiento de sentencia extranjera.

En materia sucesoria por ejemplo, se plantean los siguientes hechos: un causante con domicilio español contrajo segundas nupcias en Brasil luego de una sentencia de divorcio dictada por un juez francés que disolvió el vínculo matrimonial del causante que ha contraído en ese país en primeras nupcias. Suponiendo que el derecho brasileiro admite la disolución del vínculo matrimonial pero el derecho español no lo admite; si se aplica la teoría de la jerarquización real (con preeminencia del Derecho Privado) la cónyuge que contrajo matrimonio en segundas nupcias con el causante no lo sucederá pero sí acudirá a la sucesión la que había contraído nupcias en Francia salvo que la cónyuge actual promueva un juicio de reconocimiento de sentencia extranjera en virtud del cual se produzcan los efectos propios de la sentencia extranjera en el territorio de la República.

En el ejemplo precedente se nota claramente la solución injusta a la que se encontrarían sometidas todas las personas que hayan disuelto el vínculo matrimonial a través de una sentencia de un juez de un país que admita el divorcio y su cónyuge muera en un país antidivorcista.

Finalmente, para dar por descartado la adopción de estas teorías en abstracto, Boggiano afirma que, si bien se intenta imitar la sentencia que con mayor grado de probabilidad dictaría el juez del país cuya legislación resulta aplicable (teoría del uso jurídico), no se ha de dejar de lado la previsión del legislador a través de la regulación de cada aspecto del caso en su propio ordenamiento jurídico. Por lo tanto propone que la teoría del uso jurídico extranjero se aplique únicamente en la materia para el cual el legislador lo dispuso. Por lo tanto el juez argentino ante el que se presenta una demanda sucesoria con una petición que contenga una cuestión previa a resolver se debe preguntar: ¿cómo resolvería el juez del país cuyo derecho resulte aplicable a la cuestión principal (según el derecho argentino) la petición central de la demanda tomando en cuenta la probable sentencia del juez del país cuyo derecho resulte aplicable a la cuestión previa (también según el derecho argentino)?¹² Este interrogante final que se debe plantear el juez según Boggiano es la que resume el razonamiento de la *doctrina de la equiparación*¹³.

¹¹ GOLDSCHMIDT, "Derecho Internacional...", págs. 192 y 193.

¹² BOGGIANO, Antonio; "Derecho Internacional Privado. En la estructura jurídica del mundo actual", Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2011, pág. 167.

¹³ GOLDSCHMIDT, Werner; "Derecho Internacional..."; *op. cit.* pág. 193.

Teoría de la equivalencia o equiparación

Según la teoría de la equivalencia a cada una de los aspectos conexos que se presentan ante un juez se le debe aplicar el derecho que el ordenamiento del juez le ordene aplicar, entendiendo cada cuestión de manera independiente de la otra.

Para seguir con la exposición de esta teoría en armonía con las anteriores ejemplificaré para brindar mayor claridad.

De presentarse un caso ante un juez argentino en el cual un causante español muere con último domicilio en Francia, habiendo contraído nupcias en Alemania; el juez que entiende en la cuestión deberá resolver acerca de la validez del matrimonio según la ley de celebración del mismo y la legislación aplicable a la sucesión será la legislación Francesa.

Teoría que niega la existencia de la cuestión previa

Esta teoría bastante particular tenida en cuenta por parte de la doctrina¹⁴ niega la existencia misma de la cuestión previa como problema del tipo legal de la norma indirecta. El autor citado enumera los siguientes fundamentos:

- A) Se debe entender que los principios iusprivatistas sobre calificaciones son capaces de resolver todos los aspectos de un caso determinado en materia de derecho internacional privado.
- B) Se entiende que la cuestión previa no existe como tal dado que siempre se debe atender únicamente a la cuestión principal.
- C) Finaliza argumentando que la inexistencia de la cuestión previa se basa en la falta de caso alguno en el que se haya planteado esta cuestión y se haya resuelto por los tribunales en el fondo.

¹⁴ ZUCCHERINO, Ricardo M., *op. cit.*, pág. 26.

Reenvío

Planteo del problema

Dentro de la estructura de la norma indirecta según se ha mencionado supra, más precisamente dentro de la consecuencia jurídica, nos encontramos con lo conectado que es aquél derecho que según el Derecho Internacional Privado del juez que entiende en el caso ha de resolver la cuestión planteada en el tipo legal.

A su vez, lo conectado contiene el problema de la calidad y cantidad del derecho aplicable para solucionar el aspecto que regula la norma indirecta.

El problema de la calidad del derecho aplicable se pregunta ¿en calidad de qué aplicamos el derecho extranjero? Este problema del DIPr. excede el presente trabajo por lo cual avanzaremos con el problema de la cantidad de derecho aplicable.

Puede suceder que el juez a partir del punto de conexión (domicilio, residencia, nacionalidad, etc.) llegue a la conclusión de que debe aplicar un derecho foráneo. La pregunta en cuestión, al referirnos al problema de la cantidad de derecho aplicable, se puede sintetizar en: La consecuencia jurídica al determinar el derecho aplicable, ¿hace referencia al Derecho Privado extranjero o primero debe aplicarse el Derecho Internacional Privado foráneo para luego llegar al Derecho Privado indicado por este?¹⁵

Como respuesta al interrogante se distinguen tres teorías¹⁶:

- a) Teoría de la referencia mínima
- b) Teoría de la referencia media
- c) Teoría de la referencia máxima

Estas tres posibles soluciones a la pregunta planteada se distinguen según hagan referencia al Derecho Privado y Derecho Internacional Privado extranjero de manera alternativa o simultánea como se explicará a continuación.

Soluciones posibles

Teoría de la referencia mínima

En esta teoría el Derecho Internacional Privado del juez indica como aplicable el Derecho Privado extranjero sin pasar por su DIPr. (ya sean normas indirectas de exportación o de importación). Por lo cual, bajo la perspectiva de la teoría del uso jurídico (imitar la sentencia que, con el mayor grado de probabilidad, dictaría el juez extranjero en caso de que la controversia le sea presentada directamente para su decisión) dado que no tiene en cuenta que el juez extranjero analizaría su ordenamiento jurídico como un todo sistémico, indisoluble, en virtud del cual tendría en cuenta todas las normas aplicables teniendo en cuenta previamente su DIPr.

Se podría ejemplificar la aplicación de la teoría de la referencia mínima de la siguiente manera:

En caso de que un causante muera con último domicilio en Madrid; el juez argentino ante el que se presenta el caso aplicaría sin más el Derecho Civil español sin verificar previamente que es lo que el Derecho Internacional Privado extranjero dispone en relación a la controversia de autos.

Dicho esto, se analizará la segunda teoría a partir de la cual se expande un poco más el alcance de la norma indirecta.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner; *"Derecho Internacional..."*, op. cit., pág. 210.

¹⁶ GOLDSCHMIDT, Werner; *"Derecho Internacional..."*, op. cit., págs. 210-211.

Teoría de la referencia media

Según la teoría de la referencia media, cuando al juez se le presenta la controversia, éste acudirá a su Derecho Internacional Privado para verificar a través del punto de conexión el ordenamiento jurídico aplicable para resolverlo. Una vez identificado este, se analizaría el DIPr. extranjero y solamente si éste determinara aplicable el Derecho Privado extranjero el juez argentino seguiría aplicando el ordenamiento extranjero.

En caso de que este DIPr. extranjero conste de una norma indirecta de importación (envía a aplicar otro derecho), el juez argentino –según esta teoría– deberá dejar de lado este DIPr. para buscar dentro del propio DIPr. si existe otro punto de conexión que lo haga arribar a un DIPr. que resuelva la cuestión con una norma de exportación (determinar como aplicable a la cuestión el Derecho Privado foráneo en cuestión). Goldschmidt menciona que en doctrina, a esta teoría, también se la llama comúnmente “teoría del desistimiento”.

Para una mayor comprensión tomaremos textual el ejemplo brindado por Goldschmidt en su obra.

“Si en ejemplo anterior, el causante fuese de nacionalidad española, se aplicaría Derecho Civil español, porque el DIPr. español (art. 9º, inc. 8º, del decreto 1836, 31/5/1974) coincidiría con el nuestro; si, en cambio, el causante fuese de otra nacionalidad, abandonaríamos el DIPr. español y acudiríamos, por ejemplo, a su Derecho nacional, haciendo abandono del punto de conexión del domicilio”¹⁷.

Teoría de la referencia máxima

Para imitar la sentencia que con mayor grado de probabilidad dictaría el juez extranjero (teoría del uso jurídico) se tiene que seguir al juez extranjero a través de todas las remisiones que haga su DIPr. para resolver el caso pero, no se debe dejar de tener en cuenta que únicamente a este juez es al que se deberá imitar, no así a jueces de terceros países que resulten involucrados en el razonamiento lógico del DIPr. extranjero al cual seguimos para la aplicación de la teoría del uso jurídico¹⁸.

En caso de que el juez argentino deba aplicar esta teoría, deberá seguir el siguiente razonamiento: El Derecho Internacional Privado del juez (DIPr. A) a través del punto de conexión, identifica como aplicable un Derecho Internacional Privado extranjero (DIPr. B), éste a su vez puede indicar como aplicable su propio Derecho Privado (Derecho Privado B) o remitir a la aplicación de un tercer Derecho Internacional Privado (DIPr. C) o determinar como aplicable un Derecho Privado directamente (en caso de que este ordenamiento disponga la aplicación de la teoría de la referencia mínima expuesta supra).

Para exponer de manera más clara las distintas vicisitudes en los que podrá desembocar la resolución del caso acudiremos a la exposición sistémica de Goldschmidt¹⁹.

En apariencia, se pueden dar cuatro resultados distintos con la aplicación de esta teoría, pero se pueden sintetizar en dos distintas respuestas de las cuales desembocan, a su vez, distintas soluciones finales según que algún DIPr. en cuestión contenga normas de exportación que determinen como aplicable su propio Derecho Privado (hipótesis de aceptación) o que ninguno de ellos determine como aplicable su propio Derecho Privado –dado que todos ellos contienen normas de importación que mandan a aplicar un Derecho Internacional Privado extranjero– motivo por cual, de continuar siguiendo las indicaciones de los DIPr. llamados a solucionar el caso, no se podría arribar de manera lógica a situación alguna.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, Werner; “Derecho Internacional...”, *op. cit.*, pág. 211.

¹⁸ BOGGIANO, Antonio; “Derecho Internacional...”, *op. cit.* págs. 177-178.

¹⁹ *Ibidem*.

A continuación expondré las cuatro hipótesis que pueden surgir en virtud de la aceptación o denegación por parte de los DIPr. extranjeros²⁰:

A) Hipótesis de aceptación.

- a. Aceptación en sentido estricto: El Derecho Internacional Privado del juez (DIPr. A) remite a un Derecho Internacional Privado extranjero (DIPr. B) el cual acepta el caso y manda a aplicar su propio Derecho Privado (Derecho Privado B), resultando el siguiente encadenamiento:

DIPr. A - DIPr. B - Derecho Privado B

A modo de ejemplo se podría presentar el caso en el que un causante muere con último domicilio en Madrid y el derecho español remite a la aplicación del Derecho Privado del último domicilio del causante (El DIPr. argentino remite al DIPr. español y este acepta el caso y aplica el Derecho Civil español).

- b. Envío (reenvío de segundo grado): Esta hipótesis de aceptación se presenta cuando el DIPr. del juez (DIPr. A) remite a un Derecho Internacional Privado extranjero (DIPr. B) y éste a su vez, remite nuevamente la resolución del caso a un tercer Derecho Internacional Privado (DIPr. C) que, por su parte, acepta el caso y aplica su propio Derecho Privado (Derecho Privado C).

DIPr. A - DIPr. B – DIPr. C – Derecho Privado C

Esta solución surgiría en el caso de que un causante alemán muera con último domicilio en Madrid y se presentara el caso ante el juez argentino ya que el juez argentino a través de su DIPr. arribará al DIPr. del último domicilio del causante (DIPr. español) que determina como aplicable al sucesorio el derecho de la nacionalidad del causante y remite al Derecho Internacional Privado alemán el cual posee el mismo punto de conexión para resolver el caso y finalizar aplicando el Derecho Civil alemán.

B) Hipótesis de denegación

- a. Reenvío de primer grado (devolución): En este caso, el DIPr. extranjero determina como aplicable al caso en cuestión el Derecho Privado del juez argentino. Para que se configure este supuesto, se debe presentar un DIPr. foráneo que tome como regla la aplicación de la teoría de referencia mínima explicada con anterioridad. El encadenamiento lógico del presente supuesto quedaría formulado de la siguiente manera:

DIPr. A - DIPr. B – Derecho Privado A

En este caso, el DIPr. extranjero evita llamar al DIPr. argentino para aplicar sin más su Derecho Privado.

- b. Doble Reenvío (hipótesis del ping-pong internacional): En este tipo de reenvío, el juez argentino parte de su propio DIPr. el cual determina como aplicable un DIPr. extranjero que, a su vez tiene como línea directriz la aplicación de la misma teoría de la referencia máxima y remite a la aplicación del DIPr. argentino. Como se podrá observar con más claridad en el esquema que

²⁰ Ibidem.

a continuación se expone, se presenta una situación compleja en la que, apriorísticamente, no tendrá solución.

DIPr. A - DIPr. B – DIPr. A – DIPr. B – etc.

A simple vista, se podría considerar que el caso no podrá ser resuelto con la aplicación de ninguno de los dos ordenamientos jurídicos dado que ambos deniegan la aplicación de su propio Derecho Privado.

Para resolver este conflicto de leyes, que suele ser denominado “ping-pong internacional”, se pueden determinar dos posibles respuestas, a saber:

- i. Aplicar directamente el Derecho Privado extranjero (B) dejando de lado el DIPr. (B) que niega su aplicación.
- ii. Dejar de lado el DIPr. y el Derecho Privado extranjero para aplicar el propio Derecho Privado el cual resolverá la cuestión.

Considerando que el respeto al elemento extranjero de un caso jusprivatista no se agota en imitar la sentencia que dictaría el juez extranjero con el mayor grado de probabilidad si no que debe respetársele cuando su ordenamiento jurídico repudia la aplicación de su Derecho Privado interno a través de normas de importación, se puede concluir que el juez deberá aplicar su propio Derecho Privado y resolver según éste el caso ante él presentado, sin dejar de utilizar el método sintético-judicial que deberá determinar la sentencia que realice con mayor probabilidad al valor Justicia.

El reenvío en la legislación argentina

En nuestro ordenamiento jurídico no se haya norma jurídica alguna que adopte alguna de las teorías mencionadas con anterioridad de manera expresa. Alguna doctrina²¹ sostiene que a partir del art. 3283 Cód. Civ. tácitamente se estaría repudiando a las teorías de la referencia media y máxima para adoptar la teoría de la referencia mínima y aplicar sin más el Derecho Privado extranjero para que rija el sucesorio del causante con último domicilio en el extranjero.

²¹ Zuccherino, Ricardo M., “*Derecho Internacional...*”, *op. cit.*, pág. 145.

El problema de las calificaciones

Introducción

Para comenzar el análisis del problema de las calificaciones en general hay que hacer una breve mención a un problema genérico del lenguaje el cual se presenta ante nosotros cotidianamente: El significado múltiple de los términos empleados diariamente.

Dentro de un ámbito, por más pequeño que fuere, se emplean términos lingüísticos para generar todo tipo de comunicación. Al utilizar palabras para referirse a determinados aspectos de un mismo objeto (realismo filosófico) en una simple conversación cotidiana, dos sujetos pueden realizar una interpretación disímil entre sí, lo cual puede llevar a malos entendidos de diversa índole según el ámbito en donde se desarrolle dicha interacción comunicativa. A modo de ejemplo: Dos sujetos se proponen como esparcimiento asistir a una obra teatral. El día anterior acuerdan en encontrarse en una esquina determinada cuando el reloj marque las diez. Obviamente, la determinación temporal de dicho acuerdo es por demás defectuosa dado que peca de falta de hechos subyacentes que complementen los términos utilizados y resulta que uno concurre a dicha esquina a las 10:00 AM y el otro sujeto acude allí a las 10:00 PM.

No podemos pretender que estos inconvenientes que se viven en la cotidianeidad no se traspasen al Derecho interno, el cual se asienta en una manifestación de voluntad del repartidor que genera una norma jurídica en la cual las palabras utilizadas pueden llevar a diferentes interpretaciones de la misma lo que produce distintos resultados al aplicarlo.

Al ampliar el enfoque del problema al Derecho Internacional Privado se amplían las posibilidades de que surjan concepciones disímiles entre sí dado que, si en un mismo país existen culturas y costumbres diferentes que tienen distintas representaciones de un mismo término empleado, en dos países los problemas de calificaciones aumentan de manera exponencial.

Para cerrar esta pequeña introducción es imperativo tener siempre presente la expresión utilizada por Goldschmidt al abordar esta problemática: *“Las palabras son, pues, semejantes a pistolas cargadas: armas útiles pero cuyo manejo implica serios peligros de dañar involuntariamente a otros; e inclusive a uno mismo”*²².

Calificaciones

Al encontrarnos frente a una norma jurídica, estaremos presenciando una consecución lógica de términos empleados con el fin de regular una situación social determinada.

Todo término empleado en una norma jurídica debe ser definida para precisar su alcance, tanto en los aspectos a resolver (tipo legal) como en la solución prevista por ella (consecuencia jurídica). En un principio, encontraremos esta disposición inserta en el medio de un ordenamiento jurídico autosuficiente que procura brindar la definición de todos los términos empleados en él y por lo tanto no tendremos mayor inconveniente –en la generalidad de los casos– para poder determinar con la mayor exactitud posible su enfoque y alcance.

En ciertas ocasiones, a través de la aplicación de las normas indirectas del DIPr., distintos ordenamientos jurídicos serán llamados a brindar la solución correspondiente. Ante esta situación, cada ordenamiento puede definir un mismo término de diferentes maneras o, lisa y llanamente, no definirlos ya que, en su idioma, no tienen significancia alguna.

El problema de las calificaciones en particular se presenta cuando debemos determinar que ordenamiento normativo será aquél que defina los términos empleados en dicha norma indirecta²³ y deberemos prestar la debida atención a la cuestión planteada ya que, en resumidas cuentas, toda sentencia busca su efectivo cumplimiento y, en caso de no respetarse el elemento extranjero que nos deriva a aplicar

²² GOLDSCHMIDT, Werner; *“Introducción filosófica al Derecho”*, Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis Argentina, 2005, pág. 3.

²³ GOLDSCHMIDT, Werner; *“Derecho Internacional...”*, op. cit., pág. 175.

un Derecho foráneo, podría no ser reconocida la resolución judicial en cuestión y no podría alcanzar su principal objetivo.

Soluciones posibles

Para resolver qué significado se le va a dar a los distintos términos empleados en una determinada norma jurídica es menester primero determinar si existen calificaciones autárquicas del DIPr. o no autárquicas. Básicamente, estas se diferencian entre sí en que, en las primeras las mismas normas indirectas califican los términos empleados en ellas mismas y en las segundas se establece que ordenamiento jurídico, de los llamados a solucionar el caso, es el que debe determinar el alcance y enfoque de dicha norma jurídica.

Calificaciones Autárquicas

Las calificaciones autárquicas se toman más aplicables cuando se encuentran dentro del ámbito del DIPr. convencional en el cual determinados países al elaborar las normas jurídicas indirectas –o directas– que contiene dicho tratado internacional elaboran, a su vez, las calificaciones propias que se le atribuyen a los términos empleados en ellas.

Algunos ejemplos de calificaciones autárquicas podemos encontrar en las siguientes normas de tratados internacionales, a saber:

- Domicilio común en el Tratado de Derecho Civil Internacional 1889 en arts. 6 a 9.
- Domicilio comercial en el Tratado de Derecho Comercial Terrestre 1940 en su art. 3.
- Lugar de cumplimiento de los contratos en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 (art. 34) y Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 (art. 38).
- Bienes en arts. 26 y 32 en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940, respectivamente.

En el ámbito del DIPr. interno la materia de calificaciones autárquicas (conocida como la doctrina autárquica) no resulta de posible aplicación según mi entender, dado que pretende establecer a partir del Derecho Privado Comparado realizando una suerte de “plebiscito internacional” sobre las calificaciones a adoptar. Esta teoría escapa de alguna aplicación material dado que es una exigencia por demás exagerada someter a tal emprendimiento al juez que pretende resolver un caso.

Calificaciones no-autárquicas

Las calificaciones no autárquicas son aquellas en las cuales se determina qué ordenamiento jurídico es el encargado de precisar los términos empleados en la norma indirecta, a saber:

1) Calificaciones según la *lex fori*

En esta teoría, al detenernos en una norma indirecta de aplicación al caso, debemos tomar los términos en ella empleados y determinarlo a partir de las calificaciones que realiza el ordenamiento jurídico del juez que entiende en el caso (Derecho definidor) y una vez determinada la ley aplicable al fondo de la cuestión, ésta se encargará de reglamentar lo que ha definido el ordenamiento jurídico del juez (Derecho reglamentario). En realidad, al aplicar esta teoría se llegaría a resultados satisfactorios únicamente en los casos en que la reglamentación del Derecho extranjero se condiga con el Derecho del juez ya que en caso de que sean distintos o completamente contradictorios, se producirían resultados injustos en los que no se respetaría ninguno de los dos Derechos en cuestión, dado que se arribaría a una mixtura de Derechos por demás discrepante²⁴.

²⁴ GOLDSCHMIDT, Werner; “Derecho Internacional...”, *op. cit.*, pág. 183.

Un ejemplo de solución insatisfactoria a la que se arriba por calificar con la teoría de la *lex fori* podemos hallarla en el conocido caso del testamento ológrafo del holandés.

En este conocido caso, el juicio se tramita en Francia por lo tanto “forma” y “capacidad” de testar son definidos conforme a las definiciones que aporta el Derecho Francés. En relación a la forma, se entiende que el problema se conforma con la olografía del testamento y, dado que en Francia está comprendida dicha forma testamentaria, se considera al testamento formalmente válido (coincide el Derecho definidor y reglamentario). En cuanto a la capacidad de testar, se presenta ante el juez el problema de las calificaciones propiamente dicho ya que en Francia (Derecho definidor) la capacidad para testar se agota en la salud mental y edad mínima para testar pero, en el Derecho holandés (encargado de resolver el fondo de la cuestión por ser el Derecho de la nacionalidad del testador) la capacidad la cual, para el Derecho holandés, abarca también la incapacidad de otorgar testamentos ológrafos en cualquier país del mundo. Por lo tanto, si calificamos según la *lex fori* nos encontramos ante un testamento válido, cuestión por demás injusta atendiendo al Derecho que rige el fondo del asunto ya que la incapacidad de otorgar testamentos ológrafos para el causante holandés escapa de la calificación francesa de “capacidad de testar”²⁵.

2) Calificaciones según la *lex causae*.

Para calificar según la ley que rige sobre el fondo del asunto (*lex causae*), es menester diferenciar qué es aquello que se califica según ella y qué se debe calificar según la *lex fori* para poder arribar a algún resultado satisfactorio.

Primero se debe partir de la norma indirecta del juez y calificar el punto de conexión según la *lex fori*; caso contrario no se podría determinar el derecho aplicable al fondo de la cuestión. Una vez identificado este Derecho, a partir de él calificamos los elementos del tipo legal que se busca determinar.

Volviendo al caso precedente, si se calificara según la *lex civilis causae* el testamento sería nulo ya que el concepto de “capacidad” sería definido y reglamentado por el Derecho holandés determinando que toda persona con nacionalidad holandesa es incapaz de otorgar testamento ológrafo en cualquier país del mundo.

Pero no siempre calificar según la ley que rige sobre el fondo del asunto nos hace arribar a soluciones justas como por ejemplo el famoso caso de las letras de cambio de Tennessee²⁶ las cuales fueron libradas en EE.UU. y recae sobre un juez alemán la decisión de determinar si la acción emergente de las letras de cambio había prescrito o no, y a tal fin se debía determinar si el instituto de la prescripción pertenecía al derecho de fondo (doctrina alemana) o de forma (doctrina anglosajona).

Entendiendo que el ordenamiento jurídico del foro donde se entabla el caso rige el Derecho Procesal y la ley aplicable al fondo de la cuestión sobre las letras de cambio es el Derecho del lugar de la expedición y que; según el Derecho alemán la prescripción debe ser regida por el derecho de fondo (Derecho de Tennessee) y según el Derecho de Tennessee debe ser regida por el derecho de forma (Derecho alemán); de calificar según la *lex causae* se arribaría a la solución de que las acciones emergentes de las letras son imprescriptibles²⁷.

3) Síntesis

A partir de esta breve exposición se puede determinar que la calificación, prima facie, se debe realizar en el caso en concreto para arribar a la decisión más justa teniendo como norte el respeto al elemento extranjero y no se puede adoptar apriorísticamente una teoría sobre otra por acercarse más al valor justicia en abstracto.

²⁵ GOLDSCHMIDT, Werner; “Derecho Internacional...”, *op. cit.*, pág. 183-184.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Colección Oficial de Fallos , 7:21; y 24:383.

Interrelación de los problemas expuestos

Introducción

Conforme se ha expuesto con anterioridad, el núcleo del presente trabajo se presenta en cómo interactúan el problema de las calificaciones con la cuestión previa y el problema del reenvío.

Como premisa parto desde una concepción dinámica del Derecho Internacional Privado, es decir, que toda la presente exposición se basa en que todos los problemas del DIPr. tienen incidencia y repercusión entre sí y adopto como principal el problema de las calificaciones.

Calificaciones y cuestión previa: Determinación de la naturaleza del caso

Entendiendo al problema de la cuestión previa como aquél que se presenta cuando dado un aspecto del caso es menester resolver con anterioridad un aspecto anterior (temporal o jurídico) podemos prever que en cuanto se califique el encuadre del caso según la *lex fori* o la *lex causae* se pueden disparar una u otra cuestión previa que a su vez es menester calificar para dar una solución acorde.

En el siguiente caso hipotético (inspirado en el famoso caso de la viuda maltesa) se puede apreciar con mayor claridad la problemática:

Imaginemos que contraen matrimonio en Italia un argentino y una alemana con domicilio en España. Al tiempo adquieren bienes muebles con situación permanente en Argentina y el argentino fallece en Madrid teniendo un único heredero con domicilio en Argentina. La cónyuge supérstite inicia el sucesorio en ante los tribunales argentinos.

Previo a todo análisis, el juez argentino debe determinar si el tema principal del caso es de naturaleza sucesoria o si pertenece al régimen de bienes del matrimonio.

Se debe partir del DIPr. del juez y realizar una calificación según la *lex fori* apriorísticamente para determinar que naturaleza tiene este caso.

Según el Derecho argentino, esta cuestión es de índole sucesoria y se rige por el último domicilio del causante. Aquí llegamos al Derecho español que deberá regir sobre el sucesorio.

Una vez determinado por el juez la naturaleza del caso se debe dirigir hacia la cuestión previa (validez del matrimonio celebrado en Italia). Según su ordenamiento jurídico, el juez arriba al Derecho italiano como "lo conectado". Dentro de la validez del matrimonio, se plantean los interrogantes de forma, validez intrínseca, capacidad y efectos del matrimonio.

Supongamos que el Derecho español califique que el caso es de materia del régimen de bienes del matrimonio el Derecho italiano determinara que es materia sucesoria. En este punto surge el siguiente interrogante:

¿Deberemos pasar primero por la calificación que brinda el DIPr. español para finalmente regir el caso por el Derecho italiano íntegramente o se deben considerar los distintos aspectos del caso de manera independiente y regir cada aspecto del caso por lo conectado a partir de la *lex fori*?

En principio, sostengo como posible solución que, si el Derecho español considera que es materia del régimen de bienes del matrimonio, deberemos volver al DIPr. del juez para que este determine cuál es el ordenamiento jurídico que rige los efectos patrimoniales del matrimonio y arribaremos al Derecho italiano y finalmente solucionar el caso en virtud de esta legislación.

Esta solución que propongo se basa en la teoría del uso jurídico, en virtud del cual, el juez argentino deberá intentar imitar la sentencia que dictaría el juez del lugar cuyo ordenamiento rige sobre el fondo de la cuestión. Dada esta situación, si el caso se presentare ante el juez español, determinaría que éste

es un caso que gravita en los efectos patrimoniales del matrimonio (calificación de la naturaleza del caso según la *lex causae*).

Por lo tanto, antes de determinar cuál es el ordenamiento jurídico que regirá una cuestión principal y la otra considerada "previa" es menester calificar la naturaleza del conflicto presentado ante el juez dado que, en caso de calificar según la *lex causae* o la *lex causae* se pueden dar como cuestiones previas distintos aspectos del caso.

Prima facie esta solución parecería injusta dado que se hace caso omiso a la ley aplicable al fondo de la cuestión según el Derecho conectado por la norma indirecta del juez y solo se acudiría a él para determinar la calificación "definitiva" del encuadre jurídico del caso en concreto.

El razonamiento precedente cuenta con cierta lógica, pero en un análisis más profundo podemos llegar a una conclusión diametralmente opuesta ya que el primer paso que debe realizarse para analizar un caso jusprivatista con elementos extranjeros es determinar el encuadre jurídico (naturaleza del caso) que le corresponde, a partir de allí proseguir con las calificaciones de los términos utilizados en la norma indirecta y finalmente ir al fondo de la cuestión con la consecuente solución a las cuestiones previas que de ella surjan.

Calificaciones y reenvío: Calificar los términos de la norma indirecta.

Esta relación entre dos grandes problemas del Derecho Internacional Privado resulta más clara a simple vista. Como una primera aproximación al tema podemos inferir que de acuerdo a como se produzca un reenvío del caso a través de distintos ordenamientos jurídicos aplicables al caso se presentan distintas posibilidades de calificar los términos empleados en la norma indirecta.

Por lo tanto, el interrogante rector en este punto del trabajo es:

Para calificar los términos empleados en una norma indirecta de la ley del juez que entiende en un caso absolutamente internacional donde nos encontramos frente a una situación de envío ¿debemos calificar como lo harían los jueces de cada país interviniente en este razonamiento lógico o solo deberemos tener en cuenta la calificación hecha por el Derecho extranjero conectado por la norma indirecta del juez que entiende en el caso?

Entiendo que en un primer análisis podemos inferir que si se desea respetar al elemento extranjero debemos respetar a todos los ordenamientos jurídicos que se vean llamados a resolver algún aspecto del caso. Sin embargo, este primer acercamiento resulta, a mi entender, erróneo.

Considero que al presentarse un caso en el que se produce el problema del reenvío estamos infiriendo qué Derecho aplicaría el juez extranjero al que nos remitimos a partir de la previsión del legislador que se define en la norma indirecta del DIPr del juez.

Asimismo, considerando que en el caso en concreto no se encontraran presentes calificaciones autóctonas del DIPr., estaríamos frente a una triple calificación.

- 1) En primer lugar se podría calificar según la *lex fori* del juez argentino.
- 2) Conforme se explicó anteriormente, es posible calificar según la *lex causae* a la que nos remitimos a partir de la norma indirecta argentina.
- 3) Finalmente, se podría calificar según la ley a la cual nos remite el DIPr. extranjero al que arribamos por la norma indirecta argentina. Esta solución únicamente se presentaría en caso de que el DIPr. extranjero ordene al juez extranjero calificar según la *lex causae* a la cual remite.

La cuestión problemática se presenta en la tercera hipótesis. Considero que esta solución es aplicable a partir de la siguiente fundamentación:

El respeto al elemento extranjero materializado en la teoría del uso jurídico se basa en imitar la sentencia que el juez del país cuya ley resulta aplicable al fondo del asunto probablemente dictaría; no así

la del tercer país cuyo DIPr. termina siendo involucrado. Sin embargo, si en el ordenamiento jurídico del juez extranjero le ordena calificar según la *lex causae*; y en definitiva resolvería según la calificación que el “tercer DIPr.” haga de los términos empleados en dicha norma, lograríamos darle el mayor respeto al elemento extranjero calificando según este último DIPr.

Conclusiones.

A partir del presente trabajo podemos arribar a las siguientes conclusiones:

- 1) Con relación a la problemática que se presenta en la cuestión previa, si bien en un primer análisis podemos compartir que se concibe como más justa la solución que brinda la teoría de la equivalencia (ya que prioriza tanto la previsión del legislador al emplear el método analítico-analógico, como el respeto a cada elemento extranjero que se presenta en el caso), no podemos dejar de tener en consideración que el Derecho Internacional Privado es una rama dinámica que habrá de resolverse según el caso en concreto y, ante la multiplicidad de combinaciones fácticas posibles, se debe analizar en concreto cada uno para arribar, según sea el caso, a la solución que realice el valor “justicia”.
- 2) Al considerar la cantidad de Derecho extranjero aplicable, se nos presentan un abanico considerable de posibles soluciones de las cuales opto por considerar apriorísticamente como más justa la teoría de referencia máxima ya que ni la teoría de la referencia mínima (por no interesarle el DIPr. extranjero y solo considerar aplicable ese Derecho Privado interno) ni la teoría de la referencia media (por únicamente tomar en consideración al DIPr. extranjero si acepta el caso y aplica su Derecho Privado interno) se alejan de la aplicación de la teoría del uso jurídico que consiste en el máximo respeto posible al elemento extranjero ya que la respuesta jurisdiccional que solucionará la controversia intentara imitar con el mayor grado de probabilidad posible a la sentencia que dictaría dicho juez.
- 3) Cuando se nos presenta un problema de calificaciones entre dos (o más) ordenamientos jurídicos que disputan por determinar el alcance y entendimiento de los términos empleados en una norma jurídica sería ideal tener a disposición una calificación autárquica propia del Derecho Internacional Privado para no poder tener inconvenientes al momento de sentar las bases para emprender el razonamiento lógico que desembocará en una sentencia que persigue, fundamentalmente, que los efectos que de ella emanan sean producidos en el país sobre el cual ha de cumplirse. Sin embargo, de no contar con una solución autárquica no estamos en condiciones de determinar en abstracto si es más justo calificar según la *lex fori* o la *lex causae*. Se deberá optar por una u otra teoría de manera tal que el resultado realice con mayor grado al valor justicia.
- 4) Que si consideramos la acción de calificar los términos empleados en la norma indirecta como el primer paso que debe realizar un juez ante el cual se le presenta un caso, podremos asumir que este problema se expande a todos los problemas que surjan en un caso en el cual se incorporan nuevos ordenamientos jurídicos que pujan por regular un aspecto determinado del caso. Esto es así ya que considero, a partir de la realización del presente trabajo, que el mínimo cambio de la calificación realizada sobre uno de los términos podría modificar la decisión final del juez e incluso determinar que nuevos ordenamientos jurídicos ingresen al conflicto de leyes.
- 5) Que en virtud de la interrelación entre el problema de las calificaciones y la cuestión previa debemos, “antes de determinar cuál es el ordenamiento jurídico que regirá una cuestión principal y la otra considerada “previa”, es menester calificar la naturaleza del conflicto presentado ante el juez dado que, en caso de calificar según la *lex causae* o la *lex causae* se pueden dar como cuestiones previas distintos aspectos del caso”.

- 6) Que cuando se presenta un caso de envío frente a un juez, éste deberá seguir en primer lugar, la solución que su propio DIPr. le brinde para calificar. En caso que le indique calificar según la *lex causae*, y este ordenamiento remita a otro para resolver la cuestión, se deberá calificar según este tercer derecho para poder aplicar correctamente la teoría del uso jurídico e imitar la sentencia que el juez extranjero dictaría de presentarse ante él ese caso.

Bibliografía

- BOGGIANO, Antonio; *“Derecho Internacional Privado”*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2011.
- FERNANDEZ ARROYO, Diego P. (coordinador) *“Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur”*, Ed. Zabalía, 2003.
- GOLDSCHMIDT, Werner; *“Derecho Internacional Privado”*; Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2011.
- GOLDSCHMIDT, Werner; *“Introducción filosófica al derecho”*, Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis Argentina, 2005.
- ZUCCHERINO, Ricardo M. *“Derecho Internacional Privado”*, Buenos Aires, Ed. Lexis-Nexis Argentina, 2008