

El pluralismo metodológico en el Derecho Internacional Privado de Familia argentino de fuente interna

Methodological pluralism in Argentine International Private Family Law from an internal source

Leandro BALTAR*

RESUMEN: El Derecho Internacional Privado, en su composición actual, cuenta con cuatro sectores claramente identificados. Entre ellos, se encuentra la determinación del derecho aplicable a las relaciones iusprivatistas que poseen elementos extranjeros relevantes. En esta oportunidad, me propongo abordar el estudio de la recepción del pluralismo metodológico en las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación argentina en cuanto a la regulación de las relaciones de familia.

PALABRAS CLAVE: Pluralismo metodológico; Derecho Internacional Privado de Familia; Código Civil y Comercial de la Nación; relaciones iusprivatistas; legislación argentina.

* Abogado. Magister en Derecho Internacional Privado (UBA). Doctorando en Derecho Internacional (UBA). Becario Doctoral UBACyT. Docente de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la UBA, UCES y USI. Coordinador de la Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”. Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Autor de artículos, libros y capítulos de libros sobre temas de su especialidad. Contacto: <leandrobaltar28@gmail.com>. Fecha de recepción: 10/05/2023. Fecha de aprobación: 12/06/2023.

ABSTRACT: Private International Law, in its current composition, has four sectors clearly identified by the doctrine. Among them, there is the determination of the law applicable to private international relations with relevant foreign elements. In this opportunity, I propose to approach the study of the reception of methodological pluralism in the provisions of the Argentine Civil and Commercial Code of the Argentine Nation regarding the regulation of family relationships.

KEYWORDS: Methodological pluralism; International Private Family Law; National Civil and Commercial Code; private international relations; argentine law.

I. INTRODUCCIÓN

Hablar de la codificación del Derecho Internacional Privado (DIPr) en Argentina implica adentrarse en un lento sendero marcado por varios intentos que fracasaron¹ hasta que se anunció la elaboración de un proyecto de Código que venía no solo a reemplazar al Código de Vélez (hoy derogado), sino que, ambiciosamente, implicaría la unificación de las normas civiles y comerciales conteniendo, en su parte final, normas especiales dedicadas al DIPr.

El 1 de octubre de 2014, por medio de la ley 26.994, se aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) el cual entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. Estamos ante un cuerpo normativo que, respecto de su texto original, sufrió cambios y supresiones tanto por manos del Poder Ejecutivo como por el Senado, afectando en más de una ocasión las soluciones o finalidades propuestas en el Anteproyecto por el Ministerio de Justicia.

Este Código contiene, en su Libro Sexto, Título Cuarto, Disposiciones de derecho internacional privado reflejadas en un total de 77 artículos separados en tres partes: en primer lugar se encuentran las disposiciones de alcance general respecto al derecho aplicable, luego el tratamiento de la jurisdicción internacional (junto a normas que hacen a la cooperación jurídica internacional) y, en su última parte, la llamada Parte Especial en la cual encontramos las reglas específicas para cada categoría o materia.

Si bien no puede hablarse de una autonomía legislativa en lo que respecta al DIPr, si puede afirmarse que hoy se cuenta con una

¹ Si el lector considera de interés profundizar en ello, recomendamos la lectura de Perugini Zanetti, Alicia, “Panorama general del Capítulo I del Título IV del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación” [en línea]. En *Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Buenos Aires, El Derecho. Disponible en: <<https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/2940>> (04-05-2023).

sistematización (incompleta) que nos pone dentro de la vanguardia. Como expresó Diego Fernández Arroyo, “debe reconocerse que la sistematización del derecho internacional privado argentino operada con el nuevo Código lo hace mucho más visible para todos los operadores jurídicos, de nuestro país y del extranjero, lo que es de por sí algo muy saludable”².

En esta oportunidad, y habiendo aclarado el panorama actual, me propongo analizar (no de modo ambicioso) cómo el CCCN recepcionó el pluralismo metodológico especialmente en las disposiciones referidas al derecho de familia. De su estudio, podremos juntos concluir si el legislador tuvo en cuenta la tendencia en el derecho comparado, apartándose de lo que sucedía con el Código Civil derogado.

II. EL PLURALISMO METODOLÓGICO. BREVE REVISIÓN ACTUAL

El DIPr presupone la existencia de métodos originales en relación con el objeto específico: el derecho aplicable. Esto implica que la materia está estructurada con la finalidad de lograr, en lo posible, una armonía de las soluciones y el tratamiento justo al caso con elementos extranjeros relevantes.

El desarrollo del DIPr, proveniente de diversos factores, nos permiten concluir que el objeto de nuestra materia superó aquella concepción clásica y conflictualista. Hoy no estamos ante un exclusivismo metodológico, es decir, el clásico método conflictual por el cual se elaboran las normas indirectas o de conflicto se encuentra superado, abriéndose paso al “pluralismo metodológico”. La elección por alguno de ellos dependerá de varios factores: por un lado, el mayor o menor grado de internacionalidad de la re-

² FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, “Argentina: Comentarios sobre el nuevo derecho internacional privado para la República Argentina” en <<https://derreales.hypotheses.org/281>> (04-05-2023).

lación a regular, por el otro, el mayor o menor continuidad de principios jurídicos existentes entre los Estados vinculados por la relación³.

Explicando este concepto, Hélène Gaudemet-Tallon en el Curso impartido en la Academia de La Haya de 2005 expresó: “He utilizado el término ‘pluralismo’ y no la pluralidad. ¿Por qué? Porque este término evoca un ‘sistema’, un ‘orden’ y no una simple convivencia. Si consultamos un diccionario, encontramos que el pluralismo se define como ‘un sistema que reconoce la existencia de varios modos de pensamiento, comportamiento, opiniones políticas y religiosas, varios partidos políticos, etc.’. Yo añadiría a esta enumeración: ‘varias formas de entender las cuestiones de Derecho internacional privado’. Mientras que la pluralidad es definida por el mismo diccionario como simplemente ‘el hecho de ser varios’. Veremos que, en el Derecho internacional privado, si las fuentes y los objetivos son diversos, esto no es fruto del azar, no es una simple yuxtaposición; hay relaciones lógicas (relaciones jerárquicas, de causa y efecto, etc.) en esta multiplicidad que evocan la idea de sistema. Es cierto que, desgraciadamente, en algunos casos el sistema no parece ser muy coherente; son las debilidades del pluralismo que tendremos ocasión de discutir, pero el objetivo del Derecho internacional privado debe ser lograr la coherencia del sistema, lo que justifica que se hable de pluralismo y no de pluralidad”⁴.

Esta coexistencia de varios métodos tomó un gran impulso gracias a la crisis del conflictualismo. A este respecto mucho se encuentra escrito por la doctrina, siendo sumamente nutritivos los *Recueil des Cours* de Batiffol, Gaudemet-Tallon, Lagarde, Le-

³ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. I, Parte General, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 40.

⁴ GAUDEMET-TALLON, Hélène, “Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 312, 2005, p. 24.

quette, Mayer, Muir Watt, Picone, Vrellis y Weller, entre otros. Para entender esta referencia, en resumidas palabras, Pamboukis destaca que “el método único, savigniano, de elección de normas jurídicas ya no puede adaptarse a las necesidades de las sociedades actuales. Ciertas cuestiones no pueden resolverse eficazmente mediante el proceso mecánico y clásico del Derecho Internacional Privado”⁵. En efecto, “luego del apogeo de la regla de conflicto savigniana, vino un vigoroso movimiento de renovación, admitiéndose el pluralismo metodológico, produciéndose una heterogeneización del aparato normativo. Han surgido nuevos métodos para regular las relaciones privadas internacionales, lo cual le ha hecho perder a la regla de conflicto clásica el monopolio que se suponía que tenía”⁶.

Ahora bien, para el análisis propuesto en el presente trabajo resulta imperioso previamente referirnos a los métodos que el DIPr utiliza para luego analizar su impacto en el sistema jurídico actual argentino que regula las relaciones de familia.

A) EL MÉTODO DE CREACIÓN

Este método desprende las llamadas normas ‘directas’ o ‘materiales’. La doctrina explica que ellas pueden definirse como normas especialmente hechas para gobernar relaciones internacionales porque responden inmediatamente a una pregunta formulada⁷. Es decir, son soluciones que tienden a proporcionar una respuesta

⁵ GRAMMATICAKI-ALEXIOU, Anastasia, “Best interests of the child in private international law”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 412, 2020, p. 264.

⁶ BELANDRO, Santos, *Métodos. Un análisis de las variantes metodológicas en Derecho Internacional Privado*. Vol II, Montevideo, Fundación Cultura Universitaria, 2019, p. 59.

⁷ LOQUIN, Éric, “Les règles matérielles internationales”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 322, 2007, p. 24.

especial y específica a una situación internacional, la cual requiere una solución diferente de lo que la legislación nacional (interna) proporciona⁸.

Como toda norma jurídica, la estructura de las normas directas mantiene sus dos elementos. Por un lado, se encuentra el tipo legal y, por el otro, la consecuencia jurídica. Ahora bien, esta similitud no debe permitir la confusión entre ellas y las disposiciones creadas para casos domésticos. El modo correcto de poder distinguirlas se encuentra en el primero de los elementos, pues en el tipo legal se encuentra el elemento extranjero relevante, es decir, capta la situación jurídica internacional. Así se señala que la norma material internacional “contiene, por hipótesis, una norma especialmente diseñada para gobernar las relaciones internacionales, distinta en su contenido de las normas internas que tienen como objeto las mismas relaciones legales localizadas solamente en un ordenamiento jurídico interno”⁹.

Si bien no es lo más común, pueden encontrarse este tipo de normas en algunos tratados internacionales. Cuando ello sucede, se habla de ‘normas materiales uniformes’ pues se logra una verdadera uniformidad internacional: los Estados dejan de lado sus normas aplicando soluciones materiales. En efecto la “estandarización así creada tendrá efectos importantes en los mecanismos del derecho internacional privado, en particular al eliminar posibles conflictos de leyes”¹⁰. A modo de ejemplo pueden citarse el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores de 1980 y el Convenio de La Haya sobre la Protección de Niños y la Cooperación en materia de Adopción Internacional (este último no ratificado por Argentina).

⁸ BUCHER, Andreas, “La dimension sociale du droit international privé. Cours général”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 341, 2009, p.132.

⁹ LOQUIN, Éric, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ *Ibidem*, p. 31.

B) EL MÉTODO DE ELECCIÓN

En su origen, este método responde a la doctrina desarrollada por el jurista alemán Federico Carlos de Savigny. Resultó ser una completa revolución metodológica para su momento histórico pues “causó un punto de inflexión en la metodología del conflicto de leyes”¹¹. Su irrupción llegó al punto que cierta doctrina lo clasifica como el último verdadero cambio de paradigma. En efecto, en su curso general de la Academia de La Haya Symeonides cita a Juenger para quien “mirando el progreso realizado durante el siglo XIX en puntos fundamentales de la doctrina, los logros del siglo XX palidecen en comparación. Si bien produjo una serie de destacados estudiosos de los conflictos, ninguno de ellos alcanzó la estatura de Savigny o Story. En deuda con las enseñanzas de sus ilustres predecesores, la mayoría de ellos se contentaron con trotar por el mismo camino, y aquellos que se rebelaron contra el enfoque clásico no lograron establecer una alternativa universalmente aceptada. Por esta razón, parece justo decir que, a pesar de la inmensa cantidad de literatura que han producido los académicos del siglo XX, el progreso no está a la altura de los logros del siglo XIX”¹².

En su obra, Santos Belandro¹³ realiza una interesante reflexión. Así, este prestigioso jurista uruguayo comienza destacando como la formulación realizada por Savigny en el año 1849 se fue convirtiendo en el paradigma (modelo, prototipo) del DIPr, logrando que el sistema estatutario se fuera muriendo rápidamente. De modo metafórico, indica que la regla de conflicto se asemejaba al flautista de Hamelin por su carácter encantatorio, arrastró tras

¹¹ BUCHER, Andreas, *op. cit.*, p. 43.

¹² SYMEONIDES, Symeon C., “Private international law: idealism, pragmatism, eclecticism. General Course on Private International Law”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 384, 2017, p. 53.

¹³ BELANDRO, Santos, *op. cit.*, p. 58.

de sí prácticamente a toda la Academia y siendo aceptado en casi todas partes del mundo. Sin embargo, las críticas de los angloamericanos fue la razón por la cual se puso punto final a la preeminencia indiscutida, al punto que las melodías del flautista ya no resultaban tan atractivas.

Volviendo al funcionamiento, su análisis partía de la base en poner en el centro a la relación jurídica para aplicarle el derecho más acorde a la naturaleza adecuada a su esencia y naturaleza, sin importar si era local o extranjero. La norma indirecta (también llamada norma de conflicto o de colisión) responde a una estructura bimembre que sí da una solución al caso iusprivatista multinacional, pero con la particularidad que lo hace indicando cuál será el derecho al que deberá acudir para terminar de desprender la solución de fondo. Entonces, la norma de conflicto, según el modelo savigniano, es indirecta en la medida de que no resuelve ‘directamente’ la cuestión de fondo, sino que se limita a determinar de manera ‘abstracta’ el sistema jurídico del cual se desprenderá la resolución. De este modo, mediante el ‘punto de conexión’, aquello que Savigny llamó el *sitz* (asiento jurídico) se localiza la relación o situación jurídica para aplicársele, en consecuencia, el derecho de aquel país que corresponda.

Desde sus caracteres, la clásica norma indirecta se destaca por ser bilateral, neutral y abstracta. La bilateralidad implica que “el orden jurídico indicado por la norma indirecta, a través del llamado punto de conexión, será el encargado de brindar la regulación jurídica del caso. Aquel podrá recaer en el derecho local, o bien en el derecho extranjero, cuya aplicación podrá encontrar límites”¹⁴. La abstracción implica que la norma capta la relación jurídica de modo general, es decir, no toma en cuenta la situación jurídica en especial, incluso implica hablar de un tipo legal sumamente amplio a este respecto. Finalmente, la neutralidad nos lleva a deducir que el legislador no se inclinará por una solución material

¹⁴ SCOTTI, Luciana, *Manual de Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2019, p. 102.

especial, simplemente conectará con aquel derecho que presuma más razonablemente conectado.

C) EL MÉTODO DE AUTOLIMITACIÓN O EXCLUSIVISTA

Es el jurista francés Francescakis quien se cita como uno de los principales impulsores de este método. En efecto, se le señala ser quien observó en la práctica de los tribunales franceses que, pese a lo establecido por las normas de conflicto generales, ciertas normas y reglamentos de la *lex fori*, en virtud de su contenido sustancial y de sus características, estrechamente conectadas con la organización y función del Estado, eran excluidos del mecanismo bilateral del conflicto de leyes e inmediatamente aplicados a la solución de los casos iusprivatistas multinacionales. A estas normas las denominó leyes de aplicación inmediata y en su análisis, este fenómeno, lejos de ser observado como una anomalía, fue considerado como parte inmanente del sistema conflictual¹⁵.

Durante años, estas reglas estuvieron enterradas (por no decir, confundidas) dentro del concepto del orden público internacional. En la actualidad, y gracias a la evolución principalmente de la doctrina, adquirieron una. Diversas formas son utilizadas para identificarlas. Algunos las llaman como *lois de police*, otros como *mandatory rules* o *perentory norms*. Desde la mirada local, el legislador argentino optó por llamarlas “normas internacionalmente imperativas”, de modo tal que no conduzcan a confusión alguna.

Siendo una excepción a la regla general, estas normas se incorporan con la finalidad de protección. En este sentido, María E. Uzal explica que “hay en ellas una fuerte salvaguarda de intereses que hacen al poder de policía del Estado: regulación y control de la economía nacional y del mercado, protección de los recursos

¹⁵ UZAL, María E., “El pluralismo en el Derecho Internacional Privado como una necesidad metodológica”, *ED*, p. 6.

monetarios, de la balanza de pagos, de la propiedad inmueble, del medio ambiente, de las relaciones laborales, etc.”¹⁶.

El funcionamiento de la norma es el siguiente: captado el tipo legal, impone de manera automática la *lex fori*, sin posibilidad alguna de que sea aplicado un derecho extranjero en cuanto corresponda a la situación fáctica que se pretende regular. De allí que se lo llame como un método de autoselección, pues la propia norma elige como aplicable el sistema jurídico del país en el cual se encuentra inserta. Como destaca Fresnedo de Aguirre, “sería una concepción moderna de la *lex fori*. El Estado está interesado en que estas normas de policía sean aplicadas siempre”¹⁷.

D) EL MÉTODO DE RECONOCIMIENTO

Este método pretende sustituir la distinción clásica entre normas de conflicto de leyes y normas de conflicto de jurisdicción por una nueva distinción entre, por una parte, la creación de una situación en un ordenamiento jurídico y, por otra, su recepción en otro ordenamiento jurídico¹⁸. Tradicionalmente, se distingue entre la creación de una relación jurídica y su reconocimiento a nivel internacional. Para el primero de los casos, suele resultar el método de elección la solución universalmente aceptada. Para el segundo supuesto, se entiende que no resulta necesario aplicar un criterio de conexión abstracto y neutral por el simple hecho de que la relación jurídica ya se encuentra ‘adherida’, cristalizada, creada bajo el amparo de un ordenamiento jurídico. De este modo, se termina abandonando la búsqueda de la ubicación abstracta de la

¹⁶ *Ibidem*, p. 7.

¹⁷ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *op. cit.*, p. 39.

¹⁸ ESCUDEY, Gaëtan. “Le couple en droit international privé: contribution à l’adaptation méthodologique du droit international privé du couple”, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 2016, p. 26.

relación jurídica en favor de dotar de circulación internacional de la situación jurídica respetando así la armonía de las decisiones¹⁹.

La profesora Najurieta explica que este método “tiene la ventaja de aceptar la situación creada en el extranjero debido a la evaluación de los hechos particulares y a un enfoque en el bienestar del niño. La autoridad competente debe llegar a la conclusión de que esta decisión de inclusión responde mejor a la realización de los derechos fundamentales del niño en cuestión que la decisión contraria de denegación”²⁰.

Quienes están a favor sostienen que el cambio de método se requiere como consecuencia de que la norma de conflicto resulta inadecuada para aquellas situaciones jurídicas que se encuentran cristalizadas. Así, afirman que “la localización de la regla de conflicto, necesaria para la creación de la situación jurídica *a priori*, ya no sirve para confirmar la existencia *a posteriori*”. Entonces, “una vez que existe la relación jurídica concreta, el recurso a la regla de conflicto de leyes es técnicamente inapropiada ya que la regla de conflicto no tiene la función de confirmar la existencia de una situación jurídica sino la de designar la ley aplicable a una relación jurídica”²¹.

No cabe dudas que estamos ante un método que invoca una solución compleja, hasta quizás supera en este aspecto a los demás. Es por ello que la doctrina detractora consideró que amenazaría los fundamentos del DIPr. Sin embargo, se coincide con

¹⁹ PFEIFF, Silvia, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*. Paris: Ed. Emile Bruylant, 2017, p. 376.

²⁰ NAJURIETA, María S. “L'Adoption internationale des mineurs et les droits de l'enfant”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 376, 2015, p. 355.

²¹ PIERRE, Hector, “La circulation des actes et des décisions en droit international privé”, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 2021, p. 188.

Lagarde al entender que contribuye a una mejor comprensión de la misma²².

III. LA RECEPCIÓN DEL PLURALISMO METODOLÓGICO EN EL DIPr DE FAMILIA ARGENTINO

La llamada crisis del conflictualismo, como consecuencia de las insuficientes soluciones que la norma indirecta brindaba a las relaciones jurídicas tanto por su modo de desarrollarse como por la evolución de la sociedad, llevó a la doctrina a admitir la existencia en un pie de igualdad de diversos tipos de normas: las indirectas, las directas, las internacionalmente imperativas y, aún cuestionadas, las de reconocimiento. “Ello no importa, sin embargo, dejar de reconocer el rol que, como norma general de la materia, cabe seguir atribuyendo a la norma de conflicto, y el carácter especial que, junto a ella, asumen la norma material, con funciones complementarias y suplementarias del sistema y la norma de policía, especial, exclusiva y excluyente de las otras dos”²³. No hay dudas respecto a que el CCCN se hizo eco del pluralismo metodológico, y seguidamente podremos corroborarlo.

A) LAS NORMAS DIRECTAS

El CCCN contiene varias normas materiales, sin que ello signifique volverse una regla. En su mayoría, estas normas resuelven uno de los problemas derivados del derecho aplicable: las calificaciones.

Contar con una calificación autárquica es sumamente raro, por no decir una excepción, en ciertas ocasiones sucede que el legislador detecta acertadamente la necesidad de plasmar la con-

²² LAGARDE, Paul, “La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé? Conferencia inaugural”, en *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Vol. 371, 2014, p.20.

²³ UZAL, María E., *op. cit.*, p. 8.

ceptualización de algún hecho, conducta o situación jurídica buscando evitar un problema de interpretación. De esta manera, se elaboran calificaciones autárquicas o autónomas, retomando la doctrina de Rabel, dirigidas especialmente para el funcionamiento de la norma de conflicto. Tieniendo una estructura similar a las normas jurídicas domésticas, debe recordarse que estas están destinadas a dar soluciones inmediatas al caso multinacional que pueden ser diferentes de los casos nacionales en iguales situaciones. Por ello, se destaca que son “soluciones especiales, por lo que desplazan a la norma indirecta”²⁴.

A modo de ejemplo, puede citarse lo normado en el art. 2614 CCCN en el cual se califica el “domicilio de las personas menores de edad”. Si bien la terminología utilizada dista de ser la mejor en la actualidad, prefiriéndose el uso de niños, niñas y/o adolescentes para así superar toda inclinación peyorativa, en el Código puede encontrarse algún que otro resabio de la vieja escuela. De este modo, el legislador estableció que en aquellos casos en los cuales el domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental se encuentra en un mismo país, será en ese territorio donde se encuentre el domicilio de los niños. En caso contrario, si el ejercicio es plural y sus titulares se domicilian en estados diferentes, se consideran domiciliadas donde tienen su residencia habitual. Finalmene, y manteniendo los compromisos asumidos a nivel convencional, se dispuso que los niños, niñas y adolescentes sustraídos o retenidos ilícitamente no adquieren domicilio en el lugar donde permanezcan sustraídos, fuesen trasladados o retenidos ilícitamente.

El art. 2621 del CCCN, manteniendo una solución ya plasmada en el Código derogado, define lo que debe entenderse por “domicilio conyugal”. Si bien la norma en cuestión se encuentra inserta en un artículo cuya primera parte regula el sector de la jurisdicción internacional en todo lo referido al matrimonio, algo

²⁴ FEUILLADE, Milton C., *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Buenos Aires, Astrea, 2020, p. 116.

que no pasó desapercibido por la doctrina, ciertamente la disposición busca resolver respecto del alcance y contenido de lo que debe entenderse por este típico punto de conexión. Siguiendo dentro de este instituto, el art. 2623 brinda la definición de matrimonio a distancia, siendo aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento, personalmente, ante la autoridad competente para autorizar matrimonios del lugar en que se encuentra.

B) LAS NORMAS INDIRECTAS RÍGIDAS

El DIPr actual, como destaca el jurista Fernández Rosas, “se caracteriza por el abandono progresivo de normas de conflicto de carácter general a favor de una especialización cada vez más pronunciada que permita una mejor localización de la situación regulada y conseguir con ello una solución más justa. Esta especialización se manifiesta en la redacción de normas de conflicto específicas para cada relación jurídica en particular atendiendo a su grado de heterogeneidad. La norma de conflicto pierde así su carácter abstracto y neutro”²⁵. El CCCN sigue esta tendencia pues el legislador incorporó para cada instituto de la parte especial (de las materias que fueron reguladas) normas específicas que tuvieron en cuenta la sensibilidad y particularidad de cada una de ellas. Incluso, en varias oportunidades, el tipo legal se fue reduciendo dejando de lado las categorías amplias. En este sentido, el Código actual respeta la tendencia de modo que “las categorías, otrora muy abarcativas, en la actualidad tienden a especializarse, fraccionándose en distintos aspectos, para el logro de soluciones más justas y razonables. Es decir, en cambio de generalizar, por ejemplo, con categorías como matrimonio, o sucesiones, se distingue entre la validez, los efectos y la disolución del vínculo matrimonial, o se

²⁵ FERNÁNDEZ ROSAS, José C., “Coordinación de ordenamientos jurídicos estatales y problemas de adaptación”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 25, 2009, p. 13.

diferencia entre sucesión ab intestado y testamentaria”²⁶. En resumidas cuentas, si bien la abstracción sigue presentándose como carácter, claramente se ve reducido al estar en algunos casos ante normas especializadas.

Vamos a encontrar una gran cantidad de ejemplos. En cuanto a la determinación del derecho aplicable a la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto, su existencia y validez, el art. 2622 lo somete al país del lugar de la celebración. Por su parte, el art. 2626 indica que el divorcio y las otras causales de disolución del matrimonio se rigen por el derecho del último domicilio de los cónyuges. En materia de alimentos entre cónyuges o convivientes, dispone el art. 2630 que se rige por el derecho del último domicilio conyugal, de la última convivencia efectiva o del país cuyo derecho es aplicable a la disolución o nulidad del vínculo.

Manteniéndose esta estructura, el art. 2633 recepta una norma indirecta alternativa pues determina que el acto de reconocimiento de un hijo se rige por el derecho del domicilio del hijo al momento del nacimiento o al tiempo del acto o por el derecho del domicilio del autor del reconocimiento al momento del acto. Quedando por fuera la capacidad que, en el segundo párrafo, la somete al clásico criterio del domicilio de la persona.

Si pensamos en la filiación por adopción, el art. 2636 establece que los requisitos y efectos de la adopción se rigen por el derecho del domicilio del adoptado al tiempo de otorgarse la adopción. Mientras que para la anulación o revocación de la adopción se optó por el derecho de su otorgamiento o por el derecho del domicilio del adoptado. Finalmente, podemos mencionar el art. 2639 en materia de Responsabilidad parental optando por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto.

Siendo tan solo algunas de las tantas normas indirectas receptadas, puede fácilmente notarse la inclinación del legislador por

²⁶ SCOTTI, Luciana, *op. cit.*, p. 105.

este tipo de soluciones rígidas que, al momento de ser aplicadas, deben leerse respetando las disposiciones generales de los arts. 2594 al 2600 (fuentes, aplicación del derecho extranjero, cláusula de excepción, reenvío, fraude a la ley, normas internacionalmente imperativas y orden público internacional).

Las soluciones ante la rigidez

Una de las grandes críticas al método conflictual se centró en que la localización abstracta de la cual se sirve la norma indirecta no se adapta a las realidades del mundo actual, muy especialmente a las relaciones de familia y la forma en que se constituyen, nacen y se desarrollan. En otros términos, “la exigencia de continuidad internacional de las situaciones jurídicas personales, puesta de relieve en particular por la teoría de los derechos adquiridos de Pillet, renueva así el debate entre el bilateralismo y unilateralismo y sugiere una profunda renovación metodológica”²⁷.

Ante las críticas que se esbozaron a la excesiva rigidez de la norma indirecta, generándose por ella la conexión a un derecho que no resulta razonable, surgió como principal respuesta la flexibilización, herramienta que permitiría lograr la justicia conflictual. Desde Uruguay, Cecilia Fresnedo de Aguirre enseña que el método de elección es rígido cuando somete el caso al derecho precisamente señalado por la conexión. En cambio, es flexible cuando el juzgador goza de un margen de latitud para determinar el derecho material aplicable al caso, a fin de lograr una solución más justa en consideración a todas sus circunstancias. De ello, concluye que la tendencia actual en la región es la flexibilización por sobre las soluciones tradicionales rígidas²⁸.

²⁷ ESCUDEY, Gaëtan, “Le couple en droit international privé: contribution à l’adaptation méthodologique du droit international privé du couple”, Thèse de Doctorat, Université de Bordeaux, 2016, p. 25.

²⁸ FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, *op. cit.*, p. 30.

De este modo, doctrinariamente se propone como solución la llamada clausula de excepción o cláusula escapatoria que tiene como base el principio de proximidad. Es decir, se busca resolver el problema que se genera en la norma indirecta cuando el factor de conexión utilizado remite a un sistema jurídico que resulte incompatible con el objetivo de la regla. En la actualidad, puede denotarse como la mayoría de los Estados que lograron modernizar sus legislaciones optaron por reforzar la tendencia hacia la flexibilización mediante la inclusión de este tipo de cláusulas basadas en el principio de proximidad. Como explica Fernández Rozas, “su manifestación más relevante no es otra que la posibilidad de que el juez determine el Derecho aplicable al caso concreto sin que el legislador determine de forma apriorística el concreto Derecho nacional que debe aplicar”²⁹.

La flexibilización se concreta con el uso del principio de proximidad. La localización se realizará buscando el sistema jurídico que sea el más estrechamente vinculado, situación que requiere la valoración de índices materiales, subjetivos y objetivos por parte de la autoridad jurisdiccional para así poder determinar cuál es el ordenamiento aplicable. La doctrina enseña que “la formulación de la *most real connection* puede venir acompañada de una orientación del legislador, señalando qué ley debe presumirse presenta los mayores contactos”³⁰.

El art. 2597 del CCCN, ubicado dentro de las disposiciones generales del derecho aplicable, dispone: “Cláusula de excepción. Excepcionalmente, el derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el derecho de otro Estado, cuya

²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, José C., “Orientaciones del Derecho internacional privado en el umbral del siglo XXI”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 9, 2000, p. 12.

³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, José C., *op. cit.*, p. 13.

aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente”. De este modo, el legislador autoriza al juez a “corregir” el derecho conectado en búsqueda de aquel que cumpla con las exigencias de la norma, principalmente la proximidad como parámetro.

Sumada a esta norma general, muy escasamente en el Código se encuentran normas especiales que flexibilizan la regla. Dentro de las relaciones de familia, el art. 2639 determina que “todo lo atinente a la responsabilidad parental se rige por el derecho de la residencia habitual del hijo al momento en que se suscita el conflicto”. El punto de conexión, respetando la tendencia actual, entiende que el derecho más conectado es el del país en el cual se encuentra el centro de vida de todo niño, niña y/o adolescente. Sin embargo, seguidamente la norma indica que “en la medida en que el interés superior del niño lo requiera se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes”. Puede notarse la intención del legislador de flexibilizar la solución para este instituto.

En el curso impartido en la Academia de La Haya, Marc-Philippe Weller presentó el “método de consideración” como una herramienta que complementa al tradicional método conflictual. Este jurista entiende que, la norma indirecta designa una ley aplicable dejando de lado los demás ordenamientos jurídicos que tienen una relación espacial con la situación jurídica. Este abandono de otros derechos es modificado por este método que permite “tomar en consideración a nivel de la ley sustantiva aplicable el contenido del ordenamiento jurídico desalojado”³¹. Volviendo al art. 2639 recién referenciado, su parte final nos recuerda este método pues, habiendo seleccionado el derecho de la residencia habitual, permite al juez tomar en “consideración” otro sistema

³¹ WELLER, Marc-Philippe, “La méthode tripartite du Droit International Privé: Désignation reconnaissance consideration”, en *Collected Courses of The Hague Academy of International Law - Recueil des cours*, Vol. 427, 2022, p. 147.

jurídico como, por ejemplo, el derecho del domicilio de alguno de los progenitores.

Otra de las deficiencias de la clásica norma indirecta que destaca la doctrina se centra en que la elección realizada no se ocupa del resultado sustantivo o de la justicia individual que producirá el derecho conectado. Es decir, al ser una elección neutral, se supone que la elección de un sistema jurídico se realiza en base a la proximidad del caso con él desentendiéndose del fin material respecto del caso. El problema se presenta en institutos o materias sensibles que requieren un rol más comprometido del juzgador al entrar en escena derechos de sujetos jurídicamente vulnerables.

Para solucionar este problema aparecen las llamadas normas indirectas alternativas “materialmente orientadas” o “reglas de conflicto coloreadas materialmente”³². Estas normas dejan de lado la neutralidad pues terminan empujando la relación jurídica en una dirección determinada: una solución material específica.

La determinación del derecho aplicable al establecimiento y la impugnación de la filiación, de conformidad al art. 2632 CCCN, se realiza por “el derecho del domicilio del hijo al tiempo de su nacimiento o por el derecho del domicilio del progenitor o pretendido progenitor de que se trate al tiempo del nacimiento del hijo o por el derecho del lugar de celebración del matrimonio, el que tenga soluciones más satisfactorias a los derechos fundamentales del hijo”. En la misma inteligencia, el art. 2630 CCCN establece que “el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario”.

Resulta importante entender la diferencia de este tipo de normas indirectas con soluciones materialmente orientadas de aquellas flexibles. Equivocadamente puede pensarse que receptor normas con una solución material implica una flexibilización de la norma. Para comprender la distinción debe recordarse que el

³² WELLER, Marc-Philippe, *op. cit.*, p. 133.

principio de proximidad tiene en cuenta el contenido del derecho más conectado, no interesa la solución que dará ese sistema jurídico, sino que solo importa que sea la conexión más cercana. Ello permite de manera acabada poder comprender la diferencia entre la norma indirecta rígida pero materialmente orientada de la norma indirecta flexible.

C) LAS NORMAS INTERNACIONALMENTE IMPERATIVAS

Partiendo de la base que dichas normas representan una excepción, pues su función principal radica en ser un límite a la aplicación del derecho extranjero en pos de resguardar ciertos valores jurídicos fundamentales para el foro, el CCCN cuenta con un limitado número de ellas. Como destaca Carolina Iud, estas normas “resultan escasas y excepcionales en el derecho argentino siendo de aplicación restrictiva y no susceptibles de interpretación analógica”³³.

En primer lugar, corresponde señalar que, dentro de las disposiciones generales, se halla el art 2599 en el cual se dispone que “las normas internacionalmente imperativas o de aplicación inmediata del derecho argentino se imponen por sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad y excluyen la aplicación del derecho extranjero elegido por las normas de conflicto o por las partes”.

Por fuera de esta norma general, en la parte especial puede tomarse como ejemplo el art. 2622 al momento de determinar el derecho aplicable a la validez del matrimonio. Luego de seleccionar como aplicable la ley del país en el cual se celebró la unión tanto para la capacidad como para la forma del acto, su existencia y validez, seguidamente se dispone que “No se reconoce ningún

³³ IUD, Carolina D., “Una aproximación al tratamiento de las normas internacionalmente imperativas en el Código Civil y Comercial de la Nación” en UZAL, María E. y NAJURIETA, María S. (coords), *Derecho Internacional Privado. Revista Jurídica Argentina*, año 41, núm. 93, 2016, p. 76.

matrimonio celebrado en un país extranjero si media alguno de los impedimentos previstos en los artículos 575, segundo párrafo y 403, incisos a), b), c), d) y e)”. Uriondo de Martinoli indica que estos impedimentos insertos en la norma hacen que funcione “como una regla de aplicación inmediata que desplaza la *lex loci celebraciones*”³⁴.

D) LAS NORMAS DE RECONOCIMIENTO

Este método en las relaciones de familia internacionales tiene un impacto sumamente relevante. En efecto, y como destaca prestigiosa doctrina, “el principio general en materia de reconocimiento es que el Estado de acogida, incluso en las condiciones que es competente para establecer, recibe el contenido normativo de la sentencia o decisión de la autoridad extranjera competente. La inserción de esta norma sustantiva individual en el foro supone la validez y transposición de un estado de familia creado en el extranjero y que ha desplegado o está en condiciones de desplegar efectos en ese Estado de creación”³⁵. Sumado a ello, recordemos que este método por el cual se le reconoce efectos en el foro a la situación jurídica creada bajo el amparo de un derecho extranjero implica que no es necesario recurrir al trámite de *exequatur*.

En la actualidad, el CCCN contiene 3 normas de reconocimiento en institutos intrínsecamente relacionados con derechos fundamentales. Si bien estamos ante un método cuya recepción normativa resulta a todas luces novedoso para el sistema jurídico argentino, ciertamente ya venía siendo un problema destacado por la doctrina local. Tal como referencia Luciana Scotti³⁶ en su obra, Margarita Argúas y Carlos Lascano afirmaban ya en 1926 el llamado método del reconocimiento de situaciones jurídicas crea-

³⁴ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *op. cit.*, p. 52.

³⁵ NAJURIETA, María S., *op. cit.*, p. 404.

³⁶ SCOTTI, Luciana, *op. cit.*, p. 110.

das y constituidas legalmente en otros países, aunque no le dieran específicamente esta denominación.

La primera de ellas se encuentra en el art. 2634 en materia de reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Dicho artículo dispone que “Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino³⁷, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño”³⁸. Uriondo de Martinoli destaca que este artículo “plantea el problema de la incorporación en el ordenamiento jurídico del foro, del emplazamiento filial creado en otro Estado, que se acepta y reconoce para que despliegue los efectos en nuestro país. A esta relación privada, ya no se la trata bajo las reglas generales de la elección del derecho aplicable, sino que se establece la obligación de reconocimiento de la situación de estado civil originada en otro Estado”³⁹.

En materia de adopción, el art. 2637 establece que “Una adopción constituida en el extranjero debe ser reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento. También se deben reconocer adopciones conferidas en el país del domici-

³⁷ Esta mención se vincula con el art. 2600 CCCN de la parte general de las disposiciones de derecho internacional privado, según el cual las normas de derecho extranjero aplicables deben ser excluidas cuando conducen a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino

³⁸ En su segundo párrafo, la norma indica que “Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño”.

³⁹ URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, *op. cit.*, p. 195.

lio del adoptante cuando esa adopción sea susceptible de ser reconocida en el país del domicilio del adoptado. A los efectos del control del orden público se tiene en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República”. De conformidad a lo indicado en los fundamentos al Anteproyecto del Código, la finalidad de la norma fue poner el acento en la inserción de adopciones constituidas en el extranjero -internacionales o simplemente extranjeras- en la República Argentina, de modo de poder superar los inconvenientes de la legislación derogada. La incorporación de esta norma implicó un cambio radical en el sistema jurídico actual, especialmente porque el sometimiento de la sentencia que otorga una adopción en el extranjero al proceso de exequatur era considerado por la doctrina como de excesivo e insuficiente.

Hace poco tiempo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió respecto del reconocimiento de una adopción conferida en México diciendo que “resulta oportuno recordar que, con el fin de proteger el interés superior del niño y su derecho a la identidad, el Código Civil y Comercial de la Nación ha dispuesto en materia de adopciones extranjeras el deber de reconocimiento de la sentencia foránea, destacando -en lo que al caso interesa- que en el control del orden público exigido en estos asuntos debe tenerse en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República (art. 2637)”⁴⁰.

Finalmente, se encuentra el art. 2640 el cual, en su segundo párrafo, se indica que “Otros institutos de protección de niños, niñas y adolescentes regularmente constituidos según el derecho extranjero aplicable, son reconocidos y despliegan sus efectos en el país, siempre que sean compatibles con los derechos fundamentales del niño”. La recepción de esta norma implica que nuestros jueces no podrán invocar la llamada institución desconocida para negar efectos a instituciones distintas a la tutela o curatela pero

⁴⁰ CSJN, “S., F. A. c/ L., C. L. s/ exequátur y reconocimiento de sentencia extr.”, 24/09/2019.

que igualmente tengan por finalidad la protección de los menores incapaces, salvo que se encuentren afectados los derechos fundamentales del propio niño⁴¹.

El magistrado a cargo del Juzgado Nacional en lo Civil N° 25 debió resolver respecto del reconocimiento judicial de una sentencia extranjera, recaída en la Corte Judicial de Oum El Boughu Tribunal de Ain El Beida de la ciudad de Meskiana, República de Argelia, en la que se otorgó una kafala. De manera correcta, el sentenciante indicó que gracias a esta norma “se evita el trámite previsto en el art. 517 CPCCN y sus equivalentes en los códigos procesales provinciales. Esta posibilidad obedece principalmente a la consideración del derecho a la estabilidad de los vínculos familiares como un derecho humano fundamental, en concordancia con decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, dentro del límite fijado estrictamente en referencia a los derechos fundamentales del niño -que resulta mucho más reducido del que propone la confrontación con el orden público internacional-, se admite la inserción de instituciones provenientes de sistemas culturalmente diferentes respetando sus particularidades, tal como el caso de la Kafala”⁴².

IV. REFLEXIONES FINALES

De lo visto podemos afirmar que el CCCN responde a la visión actual del DIPr, especialmente al receptor el pluralismo metodológico. Así lo afirma nuestra doctrina al decir que “las disposiciones de Derecho Internacional Privado previstas en el nuevo CCCN recurren a los distintos métodos de codificación, siguiendo la tendencia mundial preponderante que admite sin tapujos

⁴¹ SCOTTI, Luciana, *op. cit.*, p. 190.

⁴² Juzgado Civil N° 25, “S., A. M. y otro s/exequatur y reconocimiento de sentencia extr.”, 25/09/2020.

la pluralidad metodológica en esta disciplina”⁴³. Sin embargo, tal como señaló Santos Belandro, “no debe cegarnos el pensamiento afirmando que con el pluralismo de objetivos y el pluralismo metodológico ya todo está resuelto. No es así. Ningún método es totalmente satisfactorio de un modo general y apriorístico, no contamos (aun) con una varita mágica que pueda permitirlo. Por tanto, el intérprete y el operador jurídico deberán seguir luchando por determinar qué método ante qué circunstancias, será el más adecuado para resolver a satisfacción un caso multinacional”⁴⁴.

La búsqueda por la corrección de las posibles deficiencias de la norma indirecta, mediante la flexibilización como el pluralismo de métodos, tiene una finalidad: la necesidad de ofrecer una mayor seguridad jurídica, exigencia que se ve incrementada cuando estamos ante relaciones de familia.

Su estrecha vinculación con Derechos Humanos fundamentales pone a los Estados en la compleja labor de buscar soluciones susceptibles de enfrentar la creciente movilidad de las personas sin que ello presente un obstáculo para las familias, es decir, que sus relaciones no se vean alteradas por el simple hecho de moverse de un país a otro. Positivamente, y gracias a esta recepción del pluralismo metodológico, el sistema de DIPr argentino puede cumplir con este cometido.

⁴³ SCOTTI, Luciana, *op. cit.*, p. 114.

⁴⁴ BELANDRO, Santos, *op. cit.*, p. 18.