

# APORTES RELATIVOS AL CONFLICTO DE FUENTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ALEJANDRO ALDO MENICOCCI \*

**Resumen:** Hay conflicto de fuentes cuando distintas fuentes (formales o consuetudinarias) se arrojan la pretensión de subsumir el mismo fenómeno jurídico. El problema ha sido reducido a la coexistencia o sucesión de distintas fuentes formales en el espacio y en el tiempo. Asumiendo que el problema de la juridicidad es infinito, las respuestas son, en principio, infinitas. Las fuentes del derecho cuentan con un ámbito de legitimación en lo espacial, temporal, personal y material. El Derecho Internacional Privado ha alcanzado un gran desarrollo científico y, como derecho de colisión de distintos derechos en el espacio, puede suministrar los conceptos y métodos a otros conflictos de fuentes que se producen en el tiempo, las personas y la materia, constituyéndose así en una especie de un derecho de colisión general. Los tratados de derechos humanos establecen estándares mínimos que, de alguna manera y en los aspectos por ellos contemplados, disminuyen la discrecionalidad de los derechos privados nacionales, aspecto este que debe contemplar una adecuada relación para permitir la diversidad jurídica en tanto diversidad cultural.

**Palabras clave:** Fuentes - Derecho Internacional Privado - Conflicto - Espacio - Tiempo - Personas - Materia.

**Abstract:** Law source's conflict implies that different sources (Laws or Consuetudinary Law) considered themselves equally entitled to solve the same phenomenon. The problem has been reduced by considering only the coexistence or succession of different formal sources in time (Conflict of Laws in Time) and space (Private International Law or Conflict of Laws). Assuming that the problem is limitless, the answers are also limitless. Sources of law have legitimation in many aspects, such as space, time, persons and matter. Private International Law has the highest scientific development in solving conflicts between sources that belong to different spaces (in a cultural meaning). Because of that, it can be useful in supplying concepts and methods to other conflicts such as temporal, personal or substantial conflicts, being, in such way, sort of a general "collision Law". Human Right's Treaties establish minimal standards that, in some way, reduce private national Laws discretionary. This latest aspect must have an adequate relationship between diversity considered itself as "cultural diversity".

---

\* Profesor de Derecho Internacional Privado, Sistemas Jurídicos Comparados e Introducción al Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Este artículo responde a las ideas básicas sostenidas en el V Congreso Nacional de Derecho Civil y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 23, 24 y 25 de septiembre de 2009). E-mail: [menicocci@abogados.com.ar](mailto:menicocci@abogados.com.ar)

**Key words:** Sources - Private International Law - Conflict - Space - Time - Persons - Matter.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Fuentes del derecho. 2. Normas. 3. La fuente como rasgo de una cultura jurídica. 4. El conflicto de fuentes en el derecho doméstico en el espacio, el tiempo, la materia y las personas. 5. El Derecho Internacional Privado como especie de un Derecho de Colisión General: el Derecho de colisión atemporal (interespacial, personal o real) y el Derecho de colisión intertemporal. 6. El ámbito de las fuentes. II. Dimensión Normológica. 7. El problema de la multiplicidad de hontanares. 8. Derecho de colisión atemporal. 8.1. Derecho de colisión temporal interespacial. 8.1.1. Constitución Nacional. 8.1.2. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 8.1.3. Conflicto entre derechos personales. 8.1.4. Conflicto material. 8.2. Derecho de colisión intertemporal. 8.2.1. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 8.2.2. Los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940. 8.2.3. La Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979). 8.2.4. Mercosur. 8.2.5. Algunas convenciones especiales. 8.2.6. El Derecho transitorio en la Convención de Viena y la retroactividad de los Tratados sobre Derechos Humanos. 8.2.7. El Derecho Transitorio en el DIPr. interno. III. Dimensión Sociológica. 9. El conflicto de fuentes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 10. El conflicto de fuentes en el derecho comparado. 11. El conflicto de fuentes en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 12. Fuentes materiales vs. Fuentes formales: la *lex mercatoria*. 13. La situación mercosureña. IV. Dimensión axiológica. 14. La elección de la fuente que resolverá el conflicto. 15. La insuficiencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 16. El derecho interpersonal.

## I. Introducción

1. La voz *fuerza de derecho* evoca –con caracteres hidrológicos– al lugar del cual *mana* y a los modos en que se *manifiesta*<sup>1</sup> el fenómeno jurídico. Esta multivocidad<sup>2</sup> (*hontanar* y *modo de constancia*) depende de lo que se entienda por derecho. Para el tridimensionalismo (en general) el derecho es hecho, norma y valor. En esta concepción se ubica la teoría trialista del mundo jurídico para la cual derecho es el *conjunto de adjudicaciones (repartos y distribuciones) de potencia e impotencia, descripto e*

---

1 LÉVY-BRUHL, Henry. “Sociología del derecho”, trad. Myriam de Winizky, Bs. As., Eudeba, 1964, pág. 21; AS. VS., en GÉNY, François, “Les sources du droit”, Paris, Sirey, s/d, t. I, págs. 137 y ss..

2 GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes”, 7ª ed., Bs. As., Lexis Nexis, 2005, págs. 8 y ss..

*integrado por normas y valorado por la justicia*<sup>3</sup>. Existe *conflicto* de fuentes cuando dos (o más) modos de constancia se arrojan la pretensión de subsunción del mismo fenómeno jurídico y establecen disímiles reglamentaciones de aquél; si la reglamentación (consecuencia jurídica) no sufre variaciones (esto es, sólo hay una multiplicación de tipos legales) hay un *pseudoconflicto*.

2. Las normas *describen* las adjudicaciones y las *integran*; sus modos de constancia (fuentes) se clasifican según brinden un contacto directo (*fuentes reales*) o indirecto (*fuentes de conocimiento*) de tales adjudicaciones. Las fuentes reales pueden ser *materiales* (cuando se exhiben en la adjudicación misma) o *formales* (cuando la adjudicación consta en signos, generalmente lingüísticos). Ambas pueden tener origen *interno*, *internacional* o *paranacional*. Es común identificar a las fuentes materiales como *derecho espontáneo* (consuetudinario o repentino) y a las fuentes formales como *ley en sentido material*. Las fuentes de conocimiento (doctrina) se refieren ya a fuentes materiales, ya formales. Sucesivas valoraciones de la comunidad sobre las adjudicaciones y sus fuentes producen principios generales orientadores (*justicia como orientación*), que, al igual que lo que sucede con las fuentes formales, anticipan –a título de criterio– algunos contenidos normativos. Realidad social, norma y justicia generan y encuentran su propia legitimación para sus respectivas respuestas.

3. La elección de la fuente caracteriza una comunidad y su modo de concepción del derecho<sup>4</sup>. En lo normativo, comunidades más dinámicas y liberales privilegian el contrato<sup>5</sup>; otras, más solidaristas, parecen jerarquizar fuentes formales de carácter estatal. Mientras el racionalismo continental se expone en el derecho codificado, el empirismo anglosajón se expresa primordialmente en la jurisprudencia y la costumbre. La asimilación del *derecho* al Estado ha restringido inexplicablemente (y con magros resultados), la

3 GOLDSCHMIDT, op. cit.; CIURO CALDANI, “Derecho y política”, Bs. As., Depalma, 1976; MENICOCCI, Alejandro A., “La teoría trialista de Werner Goldschmidt”, en CIURO CALDANI, Miguel Ángel (coord.), NOVELLI, Mariano H. y PEZZETTA, Silvina (comp.), “Dos filosofías del Derecho argentinas anticipatorias. Homenaje a Werner Goldschmidt y Carlos Cossio”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2007, págs. 61 y ss..

4 ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein, “Introducción al derecho comparado”, trad. Arturo Aparicio Vázquez, México, Oxford Univ. Press, 2002, págs. 71 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, José y otros, “Sistemas Jurídicos Comparados”, Bs. As., Abeledo Perrot, 2000, págs. 15 y ss.; DAVID, René y JAUFFRET-SPINOSI, Camilla, “Les grands systèmes de droit contemporains”, 10e. ed., Paris, Dalloz, 1992, págs. 15 y ss.; LOSANO, Mario G, “Los grandes sistemas jurídicos - Introducción al derecho europeo y extranjero”, versión castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1982.

5 V. SUMNER MAINE, Henry (Sir), “El antiguo derecho y la costumbre primitiva”, Madrid, La España Moderna, s/d.

cuestión del conflicto al ámbito *territorial y temporal* –este último en menor medida– omitiendo los contenidos y alcances *personales, materiales, potenciales y de razón*<sup>6</sup>. Una comprensión integral del problema requiere que se contemplen todos los posibles ámbitos<sup>7</sup>.

4. Enfocado desde el Estado, el conflicto de fuentes ha preocupado al legislador, quien recurre para solucionarlo primordialmente al método indirecto. Cuando el Código Civil argentino impone el ámbito espacial de vigencia de las leyes a los habitantes de la República (art. 1), o su operatividad a partir del momento elegido por la fuente o a partir de su publicación (art. 2), o subsume en la nueva fuente las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas preexistentes (art. 3), resuelve, respectivamente, los problemas de su ámbito espacial y temporal, activo y pasivo. Cuando contempla la relación entre el derecho espontáneo y la ley (art. 17) aborda el conflicto de fuentes de distinta especie. El Código de Comercio, al establecer la comercialidad de un acto y someter al Derecho comercial a quien no es comerciante (art. 7), resuelve el conflicto interpersonal entre el derecho civil y el derecho de los comerciantes a favor de estos últimos. La simplicidad del menú (derecho civil vs. derecho comercial; derecho anterior y derecho posterior; derecho interno y derecho internacional) se presenta como una alternativa ante dos fuentes y por ende, exime al codificador de la utilización de puntos de conexión.

5. El Derecho internacional privado se integra con problemas de conflicto de leyes y de jurisdicciones (directa o indirecta), estableciendo las soluciones a aplicar ante distintos ámbitos *espaciales* de uno o varios derechos<sup>8</sup>. Concebido en la actualidad orientado a resolver el conflicto de fuentes en el espacio, cabe tener en cuenta que esta última categoría no puede pensarse independientemente del tiempo, y esta afinidad entre espacio y tiempo determinan el parentesco entre el derecho internacional privado y el derecho transitorio<sup>9</sup>. DIPr. y derecho transitorio son susceptibles de ser conceptualizados

---

6 V. CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas”, Rosario, Consejo de Investigaciones de la Universidad Nacional de Rosario, 1976 (reedición en “Investigación y Docencia”, N° 37, págs. 85/140).

7 No es ocioso recordar que el derecho es anterior, históricamente, al propio Estado. V. BALLARINO, Tito, “Diritto Internazionale Privato”, 3ª ed., con la colaboración de Andrea Bonomi, Padova, Cedam, 1999, pág. 15.

8 La teoría del uso jurídico impone contemplar la existencia de un ámbito personal, de razón y material si este surge del derecho declarado aplicable por la norma indirecta.

9 GOLDSCHMIDT, Werner, “Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo”, en “Estudios Jusprivatistas Internacionales”, UNR, 1969, págs. 283, 288 y ss.; SAVIGNY, Federico

como especies de un derecho de colisión general, comprendiendo este último las respuestas relativas a cuál es el ordenamiento que habrá de aplicarse ante dos o más derechos simultáneamente vigentes (*Derecho de colisión atemporal*) o sucesivamente vigentes (*Derecho de colisión intertemporal*). El *Derecho de colisión atemporal* puede subdividirse en *Derecho de colisión atemporal interespacial, personal o real*, según se refiera al conflicto de un ordenamiento jurídico en diferentes territorios (Estados o regiones), o respecto a diferentes personas (v. gr., comerciantes y no comerciantes, consumidores y no consumidores) o cosas (v. gr., acto mercantil o civil).

6. Ámbito espacial y temporal de las fuentes se dividen, respectivamente, en activo y pasivo, según reflejen el problema *desde las fuentes* o *desde los casos*. Por ámbito espacial activo aludimos a *dónde se encuentran quiénes aplican las fuentes* mientras que referimos al ámbito espacial pasivo como aquél *en el cual deben haberse producido los casos para que las fuentes se apliquen*. El ámbito temporal activo refiere a *partir de qué momento y hasta cuándo se aplican* las fuentes; el pasivo indica *cuándo deben haberse producido los casos* para que sean subsumibles en una u otra fuente. El conflicto de fuentes en el DIPr. existe cuando dos (o más) tipos legales de las fuentes se arrojan la subsunción de un caso. Sin perjuicio de que la territorialidad parece ser el rasgo distintivo del conflicto de fuentes en el DIPr., no cabe olvidar que, debiendo el DIPr. otorgar la respuesta que con mayor grado de probabilidad llevaría a cabo el juez cuyo derecho se aplica (*teoría del uso jurídico*), el derecho aplicable puede contener, por cierto, respuestas relativas al espacio (*reenvió*), al tiempo (*derecho transitorio*), a las personas (*distintos derechos personales*) y a la materia (*conflicto de calificaciones*). Así entendido, el conflicto se puede presentar en múltiples contactos: a) entre distintas fuentes materiales (v.g., costumbre local vs. costumbre internacional; b) entre fuentes formales de la misma especie (v.g., ley vs. ley) o de especie disímil (tratado vs. ley); c) entre fuentes materiales y formales (v.g., costumbre vs. ley); c) entre derechos étnicos y derecho común (v.g., derecho indígena vs. derecho civil); d) entre distintos derechos materiales (v.g., carácter procesal o sustantivo de un instituto); También pueden enfrentarse las valoraciones de la comunidad de la *lex fori* con la de la *lex causae*.

---

Carlos (M), “Sistema del derecho romano actual”, trad. del alemán por (M) Ch. Ghenoux y vertido al castellano por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, Góngora y Cía. Editores, t. VI, págs. 120 y ss.

## II. Dimensión normológica

7. Las fuentes del DIPr. se producen en múltiples hontanares (Estados, entes supranacionales, comunidad nacional e internacional, entidades de naturaleza profesional y científica). La elección de la fuente no es una alternativa simple, propia del conflicto que debe resolverse entre dos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, *anterior o posterior, propio o extranjero, canónico o civil, federal o local*). Repetidas veces, son las fuentes formales las que establecen los alcances espaciales, temporales, personales o materiales y acuñando cláusulas de compatibilidad con otras fuentes. Ciñéndonos al régimen jurídico argentino vigente a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, el elenco de fuentes formales se compone de: 1) La Constitución, los tratados y convenciones sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional y aquéllos tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con mayoría especial, se celebren en el futuro y gozan de jerarquía constitucional<sup>10</sup>; 2) Tratados y concordatos con la Santa Sede y tratados de integración que deleguen competencia legislativa y jurisdiccional a organismos supraestatales<sup>11</sup>, que –bajo ciertas premisas– tienen jerarquía superior a las leyes<sup>12</sup>; 3) Convenios internacionales celebrados por las Provincias (art. 124 CN<sup>13</sup>); 4) Leyes y demás fuentes de derecho interno. Es ostensible la trascendencia de fuentes de derecho espontáneo especialmente en el ámbito comercial (*lex mercatoria*) y procesal. Otros derechos mantienen sus caracteres personales, como los religiosos y los derechos indígenas, cuyos ámbitos de aplicación no se identifican con un espacio cultural, no necesariamente coincidente con el geográfico o político. Examinaremos estos conflictos, primero, en su proyección “atemporal”, para abordar, luego, la cuestión “intertemporal”.

8. El conflicto de fuentes simultáneamente vigentes (*Derecho de colisión atemporal*) puede aludir al espacio, las personas y la materia.

8.1. La colisión atemporal en el espacio de dos o más derechos simultáneamente vigentes (*Derecho de colisión atemporal interespacial*) se suele solucionar a través del recurso a la primacía de la fuente de mayor jerarquía (Triepel –1868-1946– / Kelsen –1881-1973–; art. 75, inc. 22, art. 124 CN).

---

10 Art. 75, inc. 22 CN.

11 Art. 75, inc. 24 CN.

12 V. DREYZIN del KLOR, Adriana y URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Derecho Internacional Privado y de la Integración Regional – Fuentes convencionales”, Bs. As., Zavalía, 1996, págs. 6 y ss..

13 Art. 124 CN.

8.1.1. La Constitución y los tratados de naturaleza constitucionales subordinan –tanto en sus relaciones de producción como de contenido– a las fuentes de inferior jerarquía. Ellos condicionan la lectura de las fuentes inferiores nacionales, públicas o privadas<sup>14</sup>.

8.1.2. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)<sup>15</sup> establece que estos últimos vinculan a los Estados contratantes en todo su territorio (art. 28) no pudiendo oponer a aquéllos su derecho interno (art. 27). En lo relativo al ámbito espacial pasivo, corresponde distinguir entre tratados universales y tratados comunes, según sean la jurisdicción o la ratificación común la condición de su aplicación. En ausencia de previsión específica del tratado común, es necesario que el caso tenga un contacto material decisivo con alguno de los Estados ratificantes<sup>16</sup>.

8.1.3. Las fuentes formales suelen establecer la primacía de uno u otro derecho personal (*Derecho de colisión atemporal personal*). Así lo hacen, v. gr., el art. 7 del C. Comercio o el art. 3 de la ley de protección al consumidor. No está zanjado legislativamente<sup>17</sup> el conflicto entre los derechos indígenas y el derecho común<sup>18</sup>.

8.1.4. El conflicto de calificaciones (*Derecho de colisión atemporal material*) se evidencia ante la diversidad conceptual que una misma realidad puede presentar en la comunidad jurídica internacional. Calificaciones autárquicas suelen ocuparse del tópico<sup>19</sup>;

---

14 La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño. Fueron elevadas a categoría constitucional la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820, 29.05.97) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (ley 25.778, 3.9.03).

15 Ley 19.865, B.O. 11.01.1973.

16 GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado – Derecho de la Tolerancia”, 8ª ed., Bs. As., Depalma, 1992, pág. 56.

17 Art. 75, inc. 17.

18 V., por ejemplo, art. 239 de la Constitución de la Provincia de Neuquén.

19 V. gr., el art. 2 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados; arts. 5 y ss. de ambos TDCIM de 1889 y 1940, Ocasionalmente, las fuentes refieren a otras fuentes para encontrar la calificación, v. gr., la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad (ONU, 1968) rat. por ley 25.778, art. 1.

en otros casos, su solución se deriva a la ley aplicable (v. gr., Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr., Montevideo, 1979, art. 2).

8.2. En lo relativo al tiempo (*Derecho de colisión intertemporal*) el conflicto de fuentes convencionales de igual jerarquía se suele resolver estableciendo la primacía de la fuente posterior (v. sin embargo, *infra* 8.2.3).

8.2.1. La Convención de Viena establece que los tratados rigen a partir de la fecha que se disponga o que acuerden los Estados contratantes (art. 24, inc. 1) o constancia del consentimiento de todos los Estados negociadores en obligarse por el tratado (art. 24, inc. 2), o a partir de determinada fecha (art. 24 inc. 3) Los tratados posteriores derogan a los anteriores (arts. 30 y 41). Cuando se trata de tratados multilaterales, un tratado se considera *terminado* cuando entre todas las partes de un tratado posterior así se lo establece o las disposiciones del tratado posterior son *hasta tal punto incompatibles con las del tratado anterior que los dos tratados no pueden aplicarse simultáneamente* (art. 59, inc. 1, ap. a y b). Se admite también la suspensión del tratado anterior (art. 59, inc. 2). La abrogación del tratado anterior no requiere ser expresa<sup>20</sup>. Se admite su vigencia relativa (arts. 30, inc. 2, 3 y 4).

8.2.2. Habida cuenta de su carácter general (y sin ánimo exhaustivo) cabe tener presente que los Tratados de Montevideo –con excepción de lo dispuesto en el TDPenal de 1889– sólo establecen reglas respecto a su ámbito temporal activo, disponiendo la aplicación inmediata una vez efectuado el canje de instrumentos, la no simultaneidad y el cese del tratado por denuncia<sup>21</sup>. No hay razón normativa para que sus disposiciones sean sometidas a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en tanto esta última solo se aplica a los tratados celebrados después de la entrada en vigor de la Convención de Viena (art. 4) y el último de los convenios montevidianos ratificados es

---

20 Habida cuenta de la expresión “... si se desprende...” utilizada en la Convención.

21 Sus textos reproducen sin cambios tales principios: art. 69, 68 y 70 TDCIM 89; arts. 50, 49 y 51 TDCoIM 89; arts. 14, 13, 15 TDProcIM 89; arts. 48, 47 y 49 TDPIM 89 que a su vez incorpora el ámbito temporal pasivo (art. 50 TDPIM 89); arts. 8, 7 y 9 TPI 89; arts. 14,13 y 12 TPLA 89; arts. 6,5 y 7 TMCF 89; arts. 4,3 y 5 TEPL 89; arts. 66, 65 y 67 TDCIM 40; arts. 55, 54 y 56 TDCoIT 40; arts. 45, 44 y 46 TDCoIN 40, que a su vez incorpora una norma de extensión de su ámbito material pasivo (art. 43 TDCoIN 40); arts. 27, 26, 28 TDProcIM 40; arts. 50, 49 y 51 TDPM 40; arts. 18 y 19 TAsilo y Refugiados Políticos; arts. 5,4 y 6 TEPL 40; arts. 17, 16 y 18 TPI 40. Estas disposiciones les son aplicables a ambos protocolos (arts. 7 PA 89 y PA 40).

el relativo a profesiones liberales (B.O. del 26/1/1963), mientras que la Convención de Viena fue ratificada por nuestro país en 1973<sup>22</sup>.

8.2.3. Se ha dicho que el derecho es demasiado histórico para ser racional. Quizá la historia común de los pueblos iberoamericanos influyó en la adopción de una solución que no coincide con el racionalismo de la Convención de Viena. En tal sentido, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II, Montevideo, 1979, en adelante Cidip Normas Generales<sup>23</sup>, art. 1) establece: “(L)a determinación de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con derecho extranjero, se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales *suscritas*<sup>24</sup> o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes. En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno”<sup>25</sup>. La interpretación literal de su texto –que es confirmada por la histórica– indicaría que la norma jurídica de DIPr. ulterior no desplaza a la norma jurídica anterior. El problema ha sido advertido hace un tiempo por la doctrina<sup>26</sup> y parece haber determinado en la solución el no relegar a la obra montevideana a objeto de historia del derecho. Por esta razón, el distinto tratamiento que de la sucesión de tratados efectúan los regímenes de Viena y de CIDIP Normas Generales implica que dos Estados, unidos por una misma CIDIP, pueden llegar a aplicaciones disímiles de la *lex cause* si han ratificado también algún Tratado de Montevideo cuya solución no sea la misma que la adoptada por una Convención Interamericana<sup>27</sup>.

---

22 Lo que cohonesta una de las ideas expuestas en este trabajo: su aplicación a los tratados anteriores a la Convención es una fuente de derecho consuetudinario o de razón, inspirada en el principio de que el nuevo derecho es, generalmente, axiológicamente superior al cual reemplaza.

23 Ratificada por ley 22.921. Vincula a nuestro país con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html> (15-5-09).

24 El subrayado es nuestro.

25 <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIP-II-normasgenerales.htm>.

26 V. FERNANDEZ ARROYO, Diego, “Derecho Internacional Privado Interamericano - Evolución y perspectivas”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2000; MENICOCCI, Alejandro Aldo, “Lex posterior non derogat legi priori: el singular tratamiento del ámbito temporal adoptado por la CIDIP sobre normas generales de Derecho Internacional Privado”, en “Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social”, N° 28, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 2005, págs. 43 y ss.; v. también, FERMÉ, Eduardo Leopoldo, “Derecho Internacional Privado - Convención Interamericana sobre Normas Generales”, en “Enciclopedia Jurídica Omeba”, Apéndice V, 1987, págs. 209 y ss..

27 Puede v., MENICOCCI, Alejandro, “Argentina’s Private International Law Rules concerning Companies formed abroad”, en “Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale”, N° 4, ottobre-dicembre 2005, págs. 1035 y ss..

8.2.4. Las fuentes generadas por el MERCOSUR contienen, con algunas excepciones, el principio de vigencia simultánea establecido en el art. 40 del Porotolo de Ouro Preto<sup>28</sup>, condicionándose así a un *dies a quo* común en los cuatro Estados parte.

8.2.5. No faltan fórmulas ambiguas en convenciones especiales. En este sentido, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (CIDIP IV, Montevideo 1989<sup>29</sup>) dispone que (art. 30): “...no restringirá las disposiciones de convenciones que sobre esta misma materia hubieran sido suscritas, o que se suscribieren en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte, ni las prácticas más favorables que dichos Estados pudieren observar en la materia”. En suma, fuentes anteriores o posteriores, de derecho espontáneo o formal, prevalecen sobre la propia convención. Sin embargo, la locución no deja de tener aspectos oscuros<sup>30</sup>. Otras convenciones se limitan a establecer la derogación en caso de oposición con la fuente anterior: v.g., el art. 35 del Protocolo de las Leñas<sup>31</sup> que: “... no restringirá las disposiciones de las convenciones que sobre la misma materia hubieran sido suscriptas anteriormente entre los Estados Partes en tanto no lo contradigan”. Algunas formulas mantienen aspectos no contemplados por la nueva fuente, como por ejemplo, el art. 12 del Protocolo de San Luís<sup>32</sup> cuando afirma que “no derogará las disposiciones de las Convenciones vigentes entre algunos de los Estados Parte que contemplen aspectos no previstos en este texto”.

8.2.6. En lo que refiere al ámbito temporal pasivo, el postulado de la no retroactividad adoptado por el art. 28 de la Convención de Viena choca con respuestas ultraactivas contenidas en el los Tratados de Jerarquía Constitucional (*inter alia*, la

---

28 PEROTTI, Alejandro Daniel, “Mercosur: Proceso Legislativo. Sobre algunos inconvenientes que presenta el mecanismo de internalización”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, t. 2007-2, Rubinzal Culzoni, págs. 609 y ss..

29 No ratificada por nuestro país, pero vigente entre Belice, Bolivia, Brasil, Ecuador, Guatemala, México, Panamá, Paraguay y Uruguay. La República Argentina ratificó la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución en el Extranjero de la Obligación de Prestar Alimentos, por ley 17.156 (Naciones Unidas, Nueva York, 1956).

30 En primer término, podría preguntarse por qué razón se celebra una Convención si no va a derogar las anteriores. En segundo lugar, y aunque la teleología de la norma parece ser que la Convención posterior no deroga la anterior, pareciera que esta limitación solo funciona con respecto a convenciones anteriores menos favorables a facilitar el cumplimiento de la obligación alimentaria. También queda la cuestión de si lo “más favorable” debe ser la práctica o se extiende también a la fuente formal.

31 Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, ratificado por ley 24.578.

32 Protocolo de San Luís en materia de Responsabilidad Civil emergente de Accidentes de tránsito entre los Estados partes del Mercosur, CMC/DEC.Nº 1/96.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad<sup>33</sup>, art. 1). Cuando la fuente carece de suficiente precisión, es menester atender al momento axial considerado decisivo aquélla en la conexión utilizada<sup>34</sup>.

8.2.7. El DIPr. interno carece de disposiciones específicas en lo relativo a su ámbito temporal activo y pasivo. La ausencia de disposiciones específicas suele colmarse recurriendo a las reglas del derecho civil (art. 2 y 17 CC), aunque la doctrina no es uniforme en su aplicación con respecto al ámbito temporal pasivo (art. 3 CC): se ha sostenido que, si la cuestión debatida no tenía ningún punto de contacto con el país del juez, se impone la aplicación inmediata de su propio DIPr., mientras que si el DIPr. abrogado contaba con algún vínculo con la materia tratada, corresponde mantener la ultractividad del DIPr. anterior<sup>35</sup>.

### III. Dimensión sociológica

9. Reiterados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han privilegiado la aplicación retroactiva de tratados frente a disposiciones de derecho interno (CSJN, 24.08.2004, “Arancibia Clavel”; 14/06/2005, “Simón”), aludiendo, *inter alia*, a la prohibición de discriminación (CSJN, 16/11/2004, “Hooft”), al principio de inocencia y al derecho a la doble instancia (CSJN, 20/09/05, “Casal”), a la libertad de asociación (CSJN, 11/11/2008 “Asociación Trabajadores del Estado c. Ministerio de Trabajo”<sup>36</sup>). En otras ocasiones, se ha mantenido la primacía de la calificación del derecho interno frente al derecho internacional (V. CIDDHH, 28/12/2002, “Cantos, José M c. República Argentina” y CSJN, 21/08/2003, “Cantos c. Estado Nacional”).

10. Soluciones análogas encontramos en el derecho comparado. En “Osmar B.” (Corte de Apelaciones de París, 14.6.94, RCDIP, 1995, p. 311) se consideró que la aplicación de la ley argentina en tanto ley nacional del peticionante, era contraria al orden

33 U.N., 1968, ratificada por ley 25.778,

34 GOLDSCHMIDT, “Derecho...” cit., pág. 64.

35 V. GIARDINA, Andrea “Successione di norme di conflitto”, Milano, Giuffrè 1970; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el Derecho intertemporal, Hacia un nuevo orden internacional y europeo”, en “Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco”, Madrid, Tecnos, 1993, págs. 1349/1372, en [http://eprints.ucm.es/9299/1/SUCESI%C3%93N\\_DE\\_NORMAS\\_Y\\_DERECHO\\_INTERNACIONAL\\_PRIVADO.pdf](http://eprints.ucm.es/9299/1/SUCESI%C3%93N_DE_NORMAS_Y_DERECHO_INTERNACIONAL_PRIVADO.pdf). (29-9-09).

36 <http://www.zeus.com.ar:80/umTexto.asp?id=827&materia=9> (24-11-08).

público francés, al prohibir la adopción de un nombre y un estado a la persona que había decidido mutar su sexo y nombre, fundándolo en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El principio de igualdad de los esposos establecido en el artículo 7 de esta última Convención ha sido invocado para rechazar el reconocimiento de repudios marroquíes, pese a estar asimilados al divorcio en la Convención Franco-Marroquí de 1981 (Corte de Casación, RCDIP, 1995, p. 103). En otra oportunidad, considerando que el artículo 6.1. de la CEDDHH garantiza el acceso a la justicia, rechazó la ejecución de una decisión judicial inglesa cuyas costas se ponderaron desmesuradas (Corte de Casación, RCDIP, 2000, p. 224)<sup>37</sup>. En *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (CEDH, 11/7/2002)<sup>38</sup> la Corte Europea de los Derechos del Hombre sostuvo que el derecho inglés violaba los artículos 8 (derecho al respeto de la vida privada y la familia), 12 (derecho a casarse y formar una familia) y 14 (prohibición de discriminación)<sup>39</sup> en tanto se consideraba a un transexual con las obligaciones sociales de un hombre pese a haberle sido reconocido su cambio de identidad sexual en el ámbito del derecho privado.

11. De especial trascendencia en la inteligencia que puede alcanzar el conflicto de fuentes interpersonal merece citarse la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *“Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”*<sup>40</sup> (31 de agosto de 2001), en el cual condenó a Nicaragua por violar los derechos de la comunidad originaria por violar la *propiedad comunal, vista a través del derecho al uso y el goce de bienes, rasgos distintivos de la propiedad que consagra el art. 21 de la CADH*.

12. Las fuentes materiales se han opuesto, con éxito, a las fuentes formales, en lo atinente al ámbito material privilegiando la aplicación del derecho *de los comerciantes* frente al derecho del estado<sup>41</sup>: se ha señalado que la *“lex mercatoria” no carece de carácter jurídico por el mero hecho de no ser un derecho nacional*<sup>42</sup>.

37 V. KNOEPLER, François y otros, “Droit international privé Suisse”, 13ème. éd., Berna, Stämpfli Editions S.A., 2005, pág. 71.

38 <http://www.echr.coe.int/Fr/Press/2002/juillet/GoodwinarretGrandeChambrefpresse.htm> (6-8-08).

39 Sobre la evolución de la cuestión sexual en la jurisprudencia europea, v. BUGADA, Alexis, “Transsexualisme et conversion des droits sociaux”, en “Recueil Dalloz”, 2006, pág. 1628, en <http://bu.dalloz.fr.rproxy.univ-pau.fr/> (6-8-08).

40 V. BAZÁN, Víctor, “La articulación derecho interno. Derecho internacional en materia de protección de los derechos humanos. Algunos desafíos y novedades del sistema interamericano”, en “La Ley Gran Cuyo”, 2006 (junio), pág. 565; “Vías de maximización protectora de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “La Ley”, t. 2007-D, pág. 1135.

41 CS, 10.12.56, República del Perú c. SIFAR, Fallos 220:936.

42 CNCiv y Com Rosario, sala 3ª, 24.12.2002, en “Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones”, N° 216, Bs. As., Lexis Nexis, enero/febrero 2006, pág. 221.

13. La distorsión de la aplicación simultánea mercosureña se ha advertido en numerosas sanciones a particulares sin que se hallasen vigentes las fuentes de conformidad al art. 40 del Protocolo<sup>43</sup>.

#### IV. Dimensión axiológica

14. Desde el plano axiológico, la primera reflexión que se nos suscita es la relativa a la fuente que determinará la solución al conflicto. No parece legítimo que las respuestas deban ser solucionadas *a priori* por las fuentes formales, pues ello lleva implícito un reconocimiento de su mayor jerarquía<sup>44</sup>. En tal sentido, deberá ponderarse que el derecho espontáneo goza, frente al derecho formalizado, de la misma preferencia axiológica de la democracia directa frente a la democracia representativa. Bajo esta premisa, entendemos que las respuestas a los conflictos de fuentes pueden encontrarse en cada una de las tres dimensiones del mundo jurídico. Las *razones* de un orden de repartos (entendidas como la *valoración social*) pueden desplazar las relaciones de *jerarquía y subordinación* impuestos en las fuentes formales y siempre existirá la posibilidad que una respuesta se imponga *axiológicamente* para quienes pensamos que el derecho positivo puede no satisfacer todas las exigencias posibles de justicia ofrecidas por las fuentes de las restantes dimensiones (normológica y sociológica).

15. Aún asumiendo que las fuentes formales resuelvan el conflicto entre las distintas especies, la doctrina no considera “suficiente” ni apropiada la solución de Viena a los propósitos y objetivos del DIPr.<sup>45</sup>, proponiendo, en su lugar, la aplicación de *la fuente que mejor satisface la función de la regla de conflicto en la materia respectiva* (llamada teoría de la *eficacia maximal*). La cuestión es relativamente sencilla si se abordan, v. gr., problemas procesales. En cambio, su complejidad aumenta cuando ingresa en materia sustantiva. Una primera aproximación nos inclina a sostener que la Constitución Nacional y los tratados a ella equiparadas nos proporcionan principios que, de alguna manera, llevan a una *homogeneización* de las respuestas aunque, sin embargo, corresponde tratarlos como *principios* y no como *reglas*, admitiéndose grados de

---

43 PEROTTI, op. cit., pág. 624.

44 Cuando el CC establece las relaciones entre el derecho consuetudinario y la ley, más allá de su generosidad con respecto al primero, se está atribuyendo el poder de generar los ámbitos de actuación del derecho consuetudinario.

45 AUDIT, Bernard, “Droit International Privé”, 3e.éd., Paris, Economica, 2000, pág. 50.

modelación pertinentes en función de las características de unicidad de los distintos pueblos. Una aparente contradicción de contenidos debe compulsarse con el caso concreto, y hemos de renunciar a la pretensión de derivar de los principios una *única respuesta correcta*<sup>46</sup> (versión contemporánea de la pretensión leibniziana de contener todo el derecho “... en una sola hoja...”<sup>47</sup>).

16. Los conflictos de fuentes entre derechos personales evidencian la coexistencia de elementos vitales *distintos* que, si bien captados por el legislador, no deben resolverse necesariamente en función del derecho común o *dominante*: este recurso puede dar lugar a la creencia de una irreductible oposición entre las fuentes; el desafío (impuesto por la praxis) es permitir una *intervivencia* entre ambas respuestas<sup>48</sup>.

---

46 En tal sentido, si, v.g. la ley aplicable al régimen de bienes del matrimonio es la del domicilio del marido al tiempo de la celebración (art. 42 del TDCIM 1889) y tratados de jerarquía constitucional prohíben cualquier forma de discriminación sexual (arts. 2.1. de la Declaración Universal de DDHH y 2.a) y b) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros) el derecho aplicable al régimen matrimonial impuesto por el tratado montevideano sólo será descartado si se produce alguna discriminación en el régimen de bienes en función del sexo. Otros principios solo aparentan conflicto: el acceso a la justicia conlleva a admitir la generosidad de jurisdicciones, brindando al actor la mayor cantidad de foros disponibles mientras el principio del debido proceso descalifica los foros exorbitantes. Hablar en estos casos que una fuente posterior deroga a otra fuente anterior cuando no existe incompatibilidad entre los criterios de jurisdicción es menoscabar prematuramente el acceso a la jurisdicción. En este orden de ideas, puede asumirse sin hesitación que coexisten las reglas de jurisdicción sobre de los Tratados de Montevideo de 1940 y del Protocolo de Buenos Aires de 1994 (Buenos Aires, 5.8.1994, ratificado por ley 24.669 y en vigor entre nuestro país, la República Federativa de Brasil, la República Oriental del Uruguay y la República del Paraguay desde el 30.11.1996). El Protocolo no desplaza la regla del paralelismo (*proper law in proper forum*) contenida en el artículo 56 de ambos Tratados de Derecho Civil. Inversamente, han sido derogadas por el Protocolo las limitaciones a la prórroga de jurisdicción contenidas en el mismo precepto del TDCIM de 1940. V., ALEXY, Robert, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, trad. Manuel Atienza, [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5\\_07.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12471730982570739687891/cuaderno5/Doxa5_07.pdf). (31-05-09). V., sin embargo, DWORKIN, Ronald, “Taking rights seriously”, Cambridge, Harvard University Press, 1977; “A Matter of Principle”, Cambridge, Harvard University Press, 1985; “Law’s Empire”, Cambridge, Harvard University Press, 1986, págs. 15 y ss..

47 CAVANNA, Adriano, “Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico”, Milano, Giuffrè, 1982, t. I, págs. 343 y ss..

48 Pensamos en los derechos reales, concretamente, en el dominio y las facultades del dueño sobre la cosa (artículos 2506 y siguientes del Código Civil) y el derecho de trashumancia reconocido a las comunidades originarias de la provincia de Neuquén, hoy con respaldo constitucional. Sobre el sentido de la propiedad indígena puede v. BORDIEU, Pierre, “El sentido práctico”, trad. Ariel Dillon, Siglo XXI, 2007, págs. 235 y ss..