

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO

Por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

RESUMEN

En la primera parte de este trabajo, nos proponemos analizar las distintas modalidades que asume el control de constitucionalidad en sus formas extremas e intermedias. En la segunda parte, nos ocupamos del control de constitucionalidad en el Derecho Internacional Privado, donde después de reflexionar acerca de la incidencia de la Constitución en cuestiones propias de la disciplina como la aplicación del derecho extranjero y el orden público internacional, culminaremos con la formulación de algunas conclusiones, a modo de propuestas, que solamente aspiran a llevar a la reflexión.

PALABRAS CLAVE

Control de constitucionalidad – Derecho extranjero – Derecho Internacional Privado

THE CONSTITUTIONALITY CONTROL OF THE FOREIGN RIGHT

By Sara Lidia Feldstein de Cárdenas

SUMMARY

In the first part of this work, we intend to analyze the different modalities that the control of constitutionality assumes in the extreme forms and in the intermediate forms. In the second part, we study the control of constitutionality in the Private International Law. After meditating about the incidence of the Constitution in questions characteristic of the discipline like the application of the foreign right and the international public order, we will culminate with the formulation of some conclusions, by way of proposals that only aspire to take to the reflection.

KEYWORDS

Constitutionality control - Foreign Right - Private International Law

EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO EXTRANJERO

Por Sara Lidia Feldstein de Cárdenas*

SUMARIO

I. Introducción. II. Plan de Trabajo. III. Primera Parte: El Control de Constitucionalidad. Modalidades. a. El método tradicional. b. El control de constitucionalidad concentrado. c. El sistema argentino. Características principales. d. Sistemas intermedios. IV. Segunda parte. Control de constitucionalidad en el Derecho Internacional Privado. a. Naturaleza y tratamiento procesal del derecho extranjero. b. Derecho argentino. c. Derecho venezolano. d. La Constitución y el contenido del orden público Internacional argentino. e. El caso Sejean. F. Control de constitucionalidad del derecho extranjero según la Constitución extranjera. V. Nuestras propuestas.

I. INTRODUCCION

Según quienes las defienden, la utilidad de las definiciones deriva de la necesidad de impedir que unas cosas sean confundidas con otras, y que ello da cierta razón a los antiguos cuando afirmaban que ellas eran instrumentos para saber, instrumentos para el conocimiento. De allí aquella vieja sentencia de los lógicos cuando decían; definid y no disputaréis. Sin embargo, no se pueden ocultar las dificultades que conlleva el pretender encerrar en una fórmula corta, estrecha la determinación del dominio exacto, los límites y el carácter propio de una ciencia. Resulta en esta ocasión conveniente desarrollar una noción del Derecho Internacional Privado, lo suficientemente flexible, maleable que considere que es aquel sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la reglamentación jurídica de las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible u oculto, extraño al derecho local, sin analizar previamente su naturaleza esencial, no importa que ella sea de carácter civil, comercial, procesal, penal; provenga del derecho público o del derecho privado, es suficiente que el interés comprometido sea por lo menos el de una persona privada, y que a su respecto se plantee el problema de la ley que la reglamenta y el de la jurisdicción competente. (BIOCCA, CARDENAS, BASZ, 1990, 21).

* Doctora por la Universidad de Buenos Aires/ Área Derecho Internacional Privado - Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, UBA - Profesora del Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA - Directora del Programa de Actualización en Derecho de los Negocios Internacionales y Comercial Contemporáneo y de la Maestría en Derecho Internacional Privado. Miembro permanente y miembro del Consejo Asesor del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" - Directora del Proyecto UBACyT Código D811: "ARMONIZACION LEGISLATIVA EN MATERIA DE CONTRATACION ELECTRONICA EN ESPACIOS INTEGRADOS (EN PARTICULAR EN EL MERCOSUR), desde el 1° de enero de 2006. Autora de diversas obras nacionales e internacionales en libros, capítulos de libros, artículos, ponencias sobre temas de su especialidad.

Aún en la actualidad se cuestiona su denominación, ya que si bien es cierto que su ilustre nombre se mantiene por el peso de la tradición, la disciplina no ha podido evitar, debido a la considerable ampliación de su contenido, que su designación sea tildada de engañosa, porque por sus fuentes no es solamente internacional, y por las cuestiones que abarca, sean ellas provenientes del llamado derecho público o privado, no es solamente privado. Como resultado de ello, en una suerte de amalgama de pacífica coexistencia conviven dentro del Derecho Internacional Privado, lo público con lo privado, lo interno con lo internacional. Precisamente como resultado de estas intersecciones, de estos claroscuros, de luces y sombras, se abre un abanico de posibilidades hacia uno de esos temas que se aborda en este ensayo, el control de constitucionalidad del derecho extranjero.

II. PLAN DE TRABAJO

En una primera parte, nos proponemos analizar las distintas modalidades que asume el control de constitucionalidad en sus formas extremas e intermedias. En la segunda parte, nos ocupamos del control de constitucionalidad en el Derecho Internacional Privado, donde después de reflexionar acerca de la incidencia de la Constitución en cuestiones propias de la disciplina como la aplicación del derecho extranjero y el orden público internacional, culminaremos con la formulación de algunas conclusiones, a modo de propuestas, que solamente aspiran a llevar a la reflexión.

III. PRIMERA PARTE: EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y SUS MODALIDADES

Sabido resulta que "el grado superior del derecho positivo es la Constitución, cuya función esencial es la de designar los órganos encargados de la creación de las normas generales y determinar el procedimiento que deben seguir, pues el derecho regula su propia creación pues una norma determina cómo otra norma debe ser creada y además en su medida variable, cuál debe ser el contenido. En razón del carácter dinámico del derecho, una norma sólo es válida en la medida en que ha sido creada de la manera determinada por otra norma... Un orden jurídico no es un sistema de normas yuxtapuestas y coordinadas. Hay una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en distintos estratos superpuestos. Esto supone que una ley no puede derogar la Constitución y que para modificarla o derogarla, es preciso llenar condiciones especiales, como por ejemplo una mayoría calificada o un quórum más elevado".

Todo orden jurídico observa pues "una estructura jerárquica y sus normas se distribuyen en diversos estratos superpuestos. La unidad del orden reside en el hecho de que la creación - y por consecuencia la validez - de una norma está determinada por otra norma, cuya creación, a su vez, ha sido determinada por una tercera norma. Podemos de este modo remontarnos hasta la norma fundamental de la cual depende la validez del orden jurídico en su conjunto". (KELSEN, 1981,147). La mentada validez de las normas, de las leyes depende de su adecuación, de su adaptación a la Constitución, la cual queda sujeta a la prueba, al test, al control de constitucionalidad cuyo análisis no solamente posee implicancias doctrinarias sino inclusive prácticas. Bajo este prisma se ha dicho que la mentada compatibilidad es

siempre prenda de seguridad y paz social porque la Constitución es el límite a la voluntad humana en el gobierno y garantía para los gobernados. (HARO, 2003).

Los agrupamientos tipológicos son solamente diseños lineales que facilitan a la doctrina el encasillamiento global de cada sistema, reconociendo que “cada uno ofrece sus variantes, sus modalidades y su fisonomía, y que es común también que acumule rasgos de más de un sistema...” (BIDART CAMPOS, 1995, 372), por lo que en ese entendimiento, diremos que existen dos modalidades posibles, distintas que asume el control de constitucionalidad, extremas. Una primera modalidad, el llamado método tradicional nacido en los Estados Unidos de Norte América, detrás del que se encolumnan algunas variantes del control llamado difuso, amplio no especializado, laxo, no preventivo, o judicial review, que es el que en principio, le corresponde a todo juez sin tomar en cuenta su jerarquía, para discernir acerca de la concordancia, la compatibilidad entre una determinada norma con la Constitución. Una segunda modalidad, es la del designado control europeo, abstracto, concentrado, preventivo, estricto de control de constitucionalidad que a diferencia del anterior le es conferido a un juez especializado, llámese corte, tribunal (sea en su totalidad o en alguna de sus salas). Estas categorías tienen características, y efectos diversos.

a. EL METODO TRADICIONAL O CLASICO (PRESUNCION DE CONSTITUCIONALIDAD)

Según esta modalidad, dentro del subgrupo que pueden denominarse extremas, se debe partir de la presunción de la validez constitucional de todo acto legislativo o ejecutivo, de modo tal, que quien alega la inconstitucionalidad deberá acreditarla. Dicho en otras palabras, la norma se presume constitucional, y por ende, para desvirtuar tal atribución habrá que atacarla de contradicción, de discrepancia, de incompatibilidad con la Constitución. Ello conlleva la obligación de realizar el test de razonabilidad, que obligará a quien alegue la demostración de su irrazonabilidad, de su inconstitucionalidad. En efecto, como ningún derecho es absoluto, y como es susceptible de reglamentaciones, seguirá siendo válido en la medida que no se lo altere, ya que la “alteración supone arbitrariedad o irrazonabilidad y como la ley no puede incurrir en tal alteración, toda actividad estatal para ser conforme a la Constitución debe ser razonable”. (BIDART CAMPOS, 1986, 228).

Siguiendo el hilo conductor de este pensamiento “...nuestra Corte Suprema, a diferencia de la de Estados Unidos ha aplicado la regla de la presunción de constitucionalidad de todo acto legislativo y aún ejecutivo, lo que supone la presunción de su razonabilidad. Ha exigido que quien alega la irrazonabilidad de una ley pruebe su impugnación. No hay duda que quien ataque como irrazonable una ley debe tratar de producir la prueba más amplia. De no hacerlo, y aún cuando el Estado no aporte prueba acerca de la razonabilidad de la ley, frente a la presunción de constitucionalidad ya referida, la demanda debe rechazarse” (LINARES, 2002, 213, 218).

Con certeza, no es tarea sencilla el determinar el concepto jurídico de lo que es razonable; porque cuando se habla de razonabilidad de una ley, o de una sentencia o de un acto, se puede estar aludiendo a la razonabilidad de esencia, cuando la respuesta a la cuestión planteada no encuentra fundamento en una

norma general; o a la falta de razonabilidad de existencia cuando el fundamento que se invoca, no se adecua al hecho al que el comportamiento refiere realmente ; o bien, de falta de razonabilidad de verdad, cuando la decisión no tiene suficiente fundamento de justicia, o se cuestiona tal contenido. Así pues, “la diferencia que separa lo razonable de lo que no lo es, no es sino una cuestión de grado. Si se analizan las cuestiones con prolijidad, se encuentran muchas diferencias. A cada instante son las diferencias de grado las que permiten determinar la medida en que la legislación puede ejercer su poder de policía” (HOLMES, 23).

Como antecedente directo del método, suele señalarse a Estados Unidos cuando sancionada la Constitución, se planteó entre sus defensores y sus detractores una encendida polémica que se manifestó en periódicos, folletos, discursos. Un abogado y secretario de Washington durante la Revolución y Constituyente por el Estado de Nueva York en la Convención de Filadelfia de 1787, llamado HAMILTON escribió varios artículos a favor del nuevo sistema de gobierno, con la colaboración de MADISON, que en la mentada Convención representaba al Estado de Virginia y de JAY que era Secretario de Relaciones Exteriores en el Gobierno de la Confederación y primer presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Lograron reunir más de setenta y siete artículos en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, junto con ocho artículos más, por un total de ochenta y cinco, los que fueron publicados en la célebre obra bajo el título de “El Federalista”. (HAMILTON, MADISON Y JAY, 1957). Precisamente, en el artículo 78 es en el que en relación al control de constitucionalidad sostienen que “las limitaciones al poder pueden mantenerse a través de los tribunales de justicia, cuyo deber ha de ser el de declarar nulos todos los actos contrarios al sentido evidente de la Constitución. Sin esto, todas las reservas que se hagan con respecto a los derechos serán letra muerta”.

Así también dicen que “todo acto de una autoridad delegada, contrarios a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que los representantes del pueblo, nosotros decimos los poderes constituidos son superiores al pueblo mismo...No es admisible suponer que la Constitución, haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo, para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional, entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a su autoridad”.

También que “la interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental, y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria; la intención del pueblo (decimos nosotros el “poder constituyente”) a la intención de sus mandatarios” (los “poderes constituidos”). Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del

poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo (nosotros: "poder constituyente") es superior a ambos, y que donde la voluntad de la legislatura ("poderes constituidos") declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución ("poder constituyente"), los jueces deberán gobernarse por la última con preferencia a las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son..". (HAMILTON, 1788),

Una Ley Judicial (judicial act) de 1801 creó cuarenta y cinco cargos de jueces de paz, que se ocuparían de resolver asuntos de menor cuantía. El entonces presidente Adams logró la confirmación y John Marshall, Secretario de Estado firmó las designaciones, pero, omitió o no entregó los nombramientos a sus destinatarios y dejó su cargo a James Madison en marzo de ese mismo año. El nuevo presidente Jefferson ordenó entregar veinticinco de los nombramientos y únicamente cuatro de los diecisiete restantes promovieron demandas ante la Suprema Corte, la que se expidió el 24 de febrero de 1803.

Dijo la Corte Suprema de Estados Unidos que: "La competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican la norma a los casos particulares, deben, necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución, sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Si una ley y la Constitución están en contradicción recíproca, y si ambas son aplicables al caso que el tribunal tiene que resolver, ese tribunal debe decidir cuál de las dos aplica, y si el juez ha de observar la Constitución porque es superior a la ley, es la Constitución y no la ley la que ha de regir el caso". Y que "No es tampoco inútil observar que, al declarar cuál será la ley suprema del país, la Constitución en sí misma es mencionada en primer lugar; y no todas las leyes de los Estados Unidos tienen esa calidad, sino sólo aquellas que se hagan de conformidad con la Constitución. De tal modo, la terminología especial de la Constitución de los Estados Unidos confirme y enfatiza el principio, que se supone esencial para toda constitución escrita, de que la ley repugnante a la Constitución, es nula, y que los tribunales, así como los demás poderes, están obligados por ese instrumento. Por ello, se rechaza la petición del demandante. Cúmplase". (CRANCH 137, 2, 60, 1803).

Se trata de un leading case *Marbury vs. Madison*, que ha sido considerado por la doctrina como de importancia realmente fundacional para el Estado Constitucional de Derecho, pues en él quedó definitivamente consagrada la doctrina sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de las normas y actos estatales.

De este modo, el extenso, el sólido análisis desarrollado con fundamento del artículo 78 de HAMILTON en "El Federalista", se erigió en "la doctrina medular del control de constitucionalidad por los jueces". (HARO, 2003).

Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, como otro elemento para el análisis conviene que nos interroguemos sobre si el control de constitucionalidad puede o no versar sobre actos judiciales (sentencias), y/o eventualmente, alcanzar a las decisiones tomadas mediante los denominados medios alternativos de solución de disputas (laudos arbitrales). Pero eso es harina de otro costal sobre el que ulteriormente retomaremos.

b. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD CONCENTRADO

El control de la constitucionalidad de las leyes apareció en Europa luego de la gran crisis producida al finalizar la Gran Guerra, como derivación de las tragedias que hicieron desaparecer los derechos individuales. Ello condujo a la creación de órganos constitucionales cuya tarea principal era la protección del orden constitucional, garantizando la supremacía constitucional. Asimismo, después de la Segunda Guerra Mundial, se incorporaron a las constituciones los denominados derechos fundamentales fuera del alcance de los legisladores, de los Parlamentos. Esta modalidad de controlar de forma concentrada la constitucionalidad del orden jurídico, que mencionamos mas no nos extendemos en su análisis, se encuentra inspirado en el modelo kelseniano, concretamente en la Constitución de Austria de 1920; que según sus defensores resulta más confiable, pues corresponde a un juez especializado, determinado y no a todos. Dicho en otras palabras consiste en la posibilidad que tiene un órgano específico de velar por la integridad de la Constitución, llámese tribunal, corte o sala constitucional, o aún el propio Tribunal o Corte Suprema de un determinado Estado. A diferencia del método tradicional, de carácter incidental e indirecto, de efectos entre las partes, en que la declaración de inconstitucionalidad es para el caso concreto; en el método concentrado, la pretensión esgrimida es directa y principal y en la mayoría de los casos, otorga facultades de anulación por parte del órgano con competencia en la materia. Esta modalidad es la mayormente empleada por los países europeos que cuentan con un Tribunal Constitucional a quien le compete la anulación de las leyes incompatibles con la Constitución, con efectos erga omnes. Sus conspicuos defensores, han llegado a sostener que: "el control jurisdiccional de la constitucionalidad de los actos de Estado se llega a concebir como la consecuencia última de la consolidación del Estado de Derecho en el cual sus órganos, por carecer de soberanía, se sujetan a los límites impuestos por una Constitución con fuerza de Ley Suprema; sólo en aquellos países donde existe este tipo de control, puede decirse que existe una verdadera democracia organizada y un Estado de Derecho" (BREWER CARIAS, 1996).

c. SISTEMA ARGENTINO. CARACTERISTICAS PRINCIPALES.

En el derecho argentino tempranamente se acepta que los jueces ejerzan el control difuso de la constitucionalidad, (CORTE SUPREMA, 1888, "Elortondo"), independientemente de lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Nacional que se refiere al amparo como control de los derechos fundamentales.

El Alto Tribunal en un caso en que se trataba sobre la razonabilidad de la ley 14226 sobre "números vivos de variedades en los cinematógrafos", sostuvo:

“Es misión del Poder Judicial, sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo de decidir las causas de cualquiera de los otros poderes nacionales que estén en oposición con ella. Sin embargo, tanto la Constitución argentina como su modelo estadounidense, no desarrollan explícitamente el control de constitucionalidad. Aunque la jurisprudencia ha desarrollado la doctrina sosteniendo que “el principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, naturalmente supone el de su razonabilidad”.

"El objeto cardinal y específico de la ley cuestionada, en mérito a su naturaleza y a los propósitos que le dan contenido, lejos de consistir en el provecho de un grupo de personas obtenido merced al sacrificio patrimonial de otro grupo, reviste carácter inequívocamente público o general. De modo que, acreditado este aspecto básico, la ley 14226, no transgrede los principios que rigen el legítimo ejercicio del poder de policía, a esta Corte sólo le está permitido analizar la razonabilidad de los medios previstos por el legislador o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines que la realización procura y ello cualquiera sea el juicio sobre el mérito intrínseco o el valor artístico permanente o actual de la actividad tutelada ...”

“Como quedó dicho el análisis del mérito o eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines propuestos, la cuestión de saber si debieron elegirse los de la ley 14.226 u otros procedimientos, son ajenos a la competencia de esta Corte a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos por el Congreso, es decir que sólo debe examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados. Pues como se afirmó, el Tribunal nunca ha entendido que pueda sustituir su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso de la Nación para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes.... "(CORTE SUPREMA, 1960, “Cine Callao”).

Nuestro sistema de control de constitucionalidad “es muy amplio, en cuanto a lo que es materia controlable. Pueden ser objeto de control normas, actos, hechos y omisiones, provenientes tanto de órganos estatales del gobierno nacional o de gobiernos provinciales, en uno y otro caso integrantes de cualquiera de los tres Poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial”. Indican que se pueden enumerar como actos controlables las leyes nacionales y provinciales, los actos y los reglamentos administrativos nacionales y provinciales, los hechos administrativos, las omisiones de la autoridad pública, etcétera. (VANOSSI y UBERTONE, 1996). Entre sus características principales se encuentran:

- Es un sistema judicial, dado que el control es ejercido por los órganos del Poder judicial.
- Es un sistema difuso, porque todos los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad de las leyes y decretos
- Los jueces solamente pueden expedirse en juicios o casos judiciales (litigios entre particulares, o entre particulares y el Estado), quienes ejercen el control respetando las reglas de su competencia jurisdiccional, o sea que cada juez lo hace en los casos o causas que le corresponde resolver en razón de la materia, lugar, entre otras.

- Recae sobre toda clase de normas y actos: se ejerce sobre las leyes nacionales, provinciales y también sobre todos los demás actos y normas estatales de carácter general o singular, incluidas las sentencias judiciales y los actos administrativos.
- Los jueces ejercen el control de constitucionalidad en casos concretos, pero no cuando la cuestión se ha constituido en abstracto, a pedido de las partes interesadas o afectadas por la aplicación de las normas impugnadas de inconstitucionalidad.
- Los jueces no ejercen control sobre las cuestiones calificadas como políticas ("cuestiones políticas no justiciables o actos de gobierno") emanadas de facultades privativas de los poderes políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).
- El control de constitucionalidad no comprende aquellas cuestiones formales o de procedimiento de su sanción.
- Los jueces se pronuncian sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas impugnadas, en las sentencias de los juicios, produciendo efectos que únicamente valen para ese caso concreto y no tienen alcance general (efecto inter partes y no erga omnes).
- La norma impugnada sigue siendo válida y solamente puede ser derogada por la misma autoridad que la aprobó.

Resulta curioso observar que "el régimen norteamericano de control de constitucionalidad, de tipo difuso y con efectos ceñidos, en principio, al caso donde se opera, tenga hoy en Iberoamérica un solo discípulo auténticamente fiel: la Argentina. El resto de los países del área ha adoptado fórmulas mixtas entre el control difuso y el control concentrado, siguiendo en alguna o mucha medida pautas provenientes de Hans Kelsen, retratadas inicialmente en la constitución checoslovaca de ese año, en torno a tribunales especializados en lo constitucional que a menudo se presentan como cuerpos extrapoder, ajenos por tanto al Judicial, y que no sin cierta frecuencia intentan monopolizar ese control de constitucionalidad. El desarrollo del constitucionalismo actual muestra que no basta con tal interrelación argentino-estadounidense (quizá suficiente décadas atrás) para tener la tarea por finalizada, si se trata de ahondar en el control judicial de constitucionalidad. Por cierto, es ahora cada vez más exigente, y demanda las comparaciones con otros tribunales constitucionales de prestigio, al estilo, tales como el español y el italiano, y en América, de la Sala Constitucional de Costa Rica y de la Corte Constitucional de Colombia, entre otros". (SAGÜES, 2001).

d. SISTEMAS INTERMEDIOS (PRESUNCION DE INCONSTITUCIONALIDAD)

En la actualidad hay una tendencia que lleva hacia la aceptación de modalidades intermedias o mixtas y las destacamos porque precisamente dentro de esa corriente, parecen ubicarse algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En este aspecto cabe resaltar dentro de esta categoría el llamado control de constitucionalidad estricto, con presunción de inconstitucionalidad. Tal como su nombre lo indica, la diferencia fundamental es el punto de partida, dado que este supuesto ante la aparente

incompatibilidad entre la norma y la Constitución, invierte los términos de la presunción, partiendo de la presunción de inconstitucionalidad de la norma.

En virtud de esta línea jurisprudencial, aunque excepcional, se exige la inversión de la carga de la prueba, que encuentra sus orígenes en la doctrina de las libertades o derechos preferidos para la protección de los denominados derechos civiles o de primera generación, de contenido no patrimonial, tales como la libertad de expresión, a tenor de lo expuesto por el Juez STONE en el caso *United Status vs. Carolene Products Co. Dee 1938 (304 US 133)*., en el que se sostuvo que: "Debe existir una menor operatividad para la presunción de constitucionalidad cuando la legislación es directamente contraria a alguna prohibición específica de la Constitución, tales como las que surgen de las primeras Diez Enmiendas". (BIANCHI, 1990, 146, 20)

Así pues, los derechos protegidos en el Bill of Rights contenido en las Enmiendas 1 a 10 y en la Enmienda 14, no se encontraban afectados por la legislación, ni aún en un grado mínimo. Cuando ésta se oponía a ellos el examen judicial de su validez debía ser muy estricto, debido a que la presunción de constitucionalidad de aquella, cuando limita tales derechos, posee un escaso margen de amplitud. Debe reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad (FAYT, 1989, Considerando 14).

Simétricamente, el control estricto de constitucionalidad, ha sido ejercido ante la aparición de las llamadas categorías sospechosas, cuya noción fue elaborada dentro de la esfera de determinadas distinciones normativas tachadas de discriminatorias basadas en motivaciones de índole racial o de nacionalidad, entre otras.

Se encuentra íntimamente vinculado al principio de no discriminación, con la prohibición de discriminación negativa, que implica que lo que se sospecha es que determinadas normas están motivadas solamente en prejuicios o instintos sectoriales, sospecha que se traduce en una presunción de inconstitucionalidad, de las normas objetadas. En estos supuestos, tal como dijimos la carga probatoria se invierte y corresponde al Estado la justificación de la medida, que resulta de mayor exigencia y que excede a la prueba de la razonabilidad empleada por el método tradicional de control de constitucionalidad. Resulta elocuente, según nuestra mira, el voto que expresara que "todas las restricciones legales que reducen los derechos civiles de un grupo racial son inmediatamente sospechosas. Esto no quiere decir que todas esas restricciones son inconstitucionales. Esto significa que los tribunales deben someterlas al examen más estricto..." (GARAY, 1986, 936).

La Corte Suprema de la Nación Argentina, adhiere a este método de control de constitucionalidad cuando se expide en la causa "Hooft" (Fallos 322-3034). En esta causa se discutía la validez constitucional del artículo 177 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto impide a los argentinos naturalizados acceder al cargo de juez de Cámara, sosteniendo que:

"...Una norma como el artículo 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos (ciudadanos, en los pactos) de primera clase, (los nativos y los por opción) y otros de segunda clase (los naturalizados, como el actor), se presenta afectada

por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique”.

“Desde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es a favor de la libertad y de la imparcialidad (Considerando 3).

Finalmente, se refiere a la presencia de un criterio de distinción sospechoso, lo que hace que la norma sea impugnada por una presunción de inconstitucionalidad, sosteniendo que la mentada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podría ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada”. (Considerando 4)

El control estricto ha sido aplicado además de los mentados supuestos de las libertades preferidas y frente a distinciones sospechosas, en materia de normas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales. (CURUTCHET, 2006)

IV. SEGUNDA PARTE: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En cuanto a la cuestión de si la ley extranjera competente debe ser aplicada por el juez, aún cuando sea materialmente contraria a la Constitución del Estado de procedencia, o a un tratado concluido por este último con un tercer Estado, se opina que se trata de precisar en tal caso, lo que es en el país extranjero una ley válida, y esto es competencia del ordenamiento del que forma parte la ley: un juez americano, se sostiene, no podría negarse a aplicar una ley francesa por inconstitucional, porque aún así, la ley francesa vale en Francia, ella es para Estados Unidos, el derecho francés. Pero la inconstitucionalidad podrá ser opuesta, o alegarse, ante un tribunal americano y no se ve por qué éste debería abstenerse de pronunciarse. Así opina MAURY en Francia, que no admite más reservas que cuando el derecho público extranjero sea contrario a una regla de orden público francés como ocurriría con la retroactividad de ciertas reglas extranjeras que en virtud de ella podrían alcanzarse resultados inadmisibles, citando como ejemplo, varios fallos franceses que negaron hacer valer retroactivamente la ley alemana de valorización del 16 de julio de 1925, y otra excepción consistiría en que ante el juez francés no podrían emplearse modos o formas de proceder que excluye su propio derecho procesal, para lograr tal declaración de inconstitucionalidad... (ROMERO DEL PRADO, I, 494).

a. NATURALEZA Y TRATAMIENTO PROCESAL DEL DERECHO EXTRANJERO

Corresponde al Derecho Internacional Privado, en un sentido estricto, determinar cuándo, por qué y cómo deben aplicarse las leyes extranjeras; se trata de preguntas de índole distinta, unas de naturaleza sustantiva, otras de carácter procesal, y "a pesar de que pueden resolverse de manera independiente, la experiencia demuestra un estrecho vínculo en el tratamiento y solución de cada una de ellas". (PARRA ARANGUREN, 1986, 107).

Al abordar el tema del control de constitucionalidad en el derecho internacional privado, lo que corresponde según lo vemos en primer término, es interrogarse si el Juez que resuelve cuestiones con elementos de internacionalidad puede válidamente controlar la constitucionalidad del derecho extranjero aplicable llamado por la norma de conflicto. La respuesta a esta delicada como relevante cuestión, dependerá de cual sea la tesis adoptada de las existentes en materia de la naturaleza del derecho extranjero y su tratamiento procesal. Aquí se distinguen, dos aspectos fundamentales, uno de carácter sustantivo y otro procesal, (BIOCCA, FELDSTEIN DE CARDENAS, BASZ, 1990) a saber:

1. La naturaleza o de la calidad del derecho extranjero, esto es, saber si el mismo es un derecho o si por el contrario tiene naturaleza fáctica, es decir si es un hecho. Las primeras son las denominadas teorías normativistas, jurídicas, y las segundas, las realistas, vitalistas.
2. El tratamiento procesal que merece el derecho extranjero, si corresponde su aplicación de oficio o si solamente debe ser judicialmente aplicado cuando ha sido alegado y debidamente probado por las partes. Por nuestra parte anticipamos que seguimos adhiriendo a la célebre línea de pensamiento desarrollada por Federico Carlos von Savigny, acerca de que el derecho extranjero es derecho y extranjero. Según esta línea de pensamiento, el llamado formulado por la norma del conflicto del juez está dirigido al orden jurídico extranjero, en cuanto conjunto de normas. La remisión, el envío es de carácter normativo, dicho en términos sencillos, es de derecho a derecho, del derecho nacional al derecho extranjero. Respecto del tratamiento procesal merecido por la ley extranjera, consecuentemente se impone según nuestro entender, la aplicación de oficio. Ello sin perjuicio, que las partes aleguen y prueben la existencia, texto y vigencia del derecho extranjero invocado para cooperar con la función judicial.
3. "En el estado actual de las relaciones internacionales ninguna parte de la legislación de los Estados de mayor cultura pasa desapercibida, y fácil es conocerla o procurarse los medios para conseguirlo por las publicaciones periódicas que las autoridades respectivas se encargan de efectuar. El juez puede no conocer la ley que se invoca o que necesita aplicar en la resolución, pero los medios de efectuarlo están a su alcance, ya por esfuerzo propio, o por imposición a los litigantes... El juez nada crea; la ley ya está formada, y llena cumplidamente su oficio aplicándola, puesto que por voluntad del legislador, expresa o tácitamente manifestada, procede así. Vemos, pues que el problema de la fuerza obligatoria de la ley extranjera, se halla vinculado íntimamente con el fundamento del derecho internacional privado. Si se admite el fundamento de la *comitas gentium*, la conclusión que se impone es que para los jueces las leyes extranjeras no tienen la

misma fuerza obligatoria que las nacionales y que ellos no están en el deber de aplicarlas, dado que la aplicación de la ley extranjera es un acto de mera concesión graciosa. Si se admite el fundamento contemporáneo del derecho internacional privado, fundamento eminentemente jurídico, no influye para nada el carácter nacional o extranjero de la ley aplicable, debiendo aplicar los jueces el derecho impuesto por la naturaleza de la relación jurídica de que se trata". (ALCORTA, 1927, 141, 144). Para argumentar a favor de que el juez debe aplicar de oficio la ley extranjera cabe resaltar el pensamiento que se ha sostenido "El desarrollo cultural logrado actualmente, la difusión del libro, compilaciones, revistas jurídicas, etc, ¿no facilitan enormemente al juez el conocimiento de la ley extranjera?" (ROMERO DEL PRADO, I, 493). En el Primer Congreso de Derecho Civil, reunido en Córdoba en mayo de 1927, se estableció la siguiente base con la que coincidimos plenamente, "las leyes extranjeras serán aplicadas de oficio por los jueces, sin perjuicio de que las partes interesadas, puedan coadyuvar a la prueba de su existencia". (POSSE, 1927, 3). En esta línea interpretativa se pronuncian también la Doctora Margarita ARGUAS, los Doctores Carlos Alberto LAZCANO, Humberto María ENNIS, Víctor ROMERO DEL PRADO, Raúl SAPENA PASTOR, Ramón SILVA ALONSO, Carlos María VICO, Alcides CALANDRELLI, entre otros.

4. Desde otra perspectiva, se ha pretendido demostrar la inexistencia de vínculo alguno entre el fundamento del Derecho Internacional Privado y el tratamiento de la ley extranjera en el proceso; apareciendo en el elenco la teoría del uso jurídico, que se ubica en una posición intermedia según su mentor. Fue formulada del siguiente modo: si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquél país. (GOLDSCHMIDT, 1970,150). A su turno, una de las más importantes contribuciones de la teoría del uso jurídico, es haber separado con rigor el problema de la naturaleza del objeto de referencia de la norma indirecta de importación, del tratamiento de este objeto en el proceso. En cuanto al objeto de referencia se opone a la teoría jurídica la del uso jurídico extranjero. En efecto, se considera como contrario al derecho internacional público que un país intente crear derecho de otro país. Al contrario, no hay objeción de que "la norma indica el uso jurídico extranjero, es decir ordenando al juez indígena decidir el pleito tal como si lo resolviera en el país de origen de la norma, indicando, por lo tanto, un hecho y no derecho, por exigir del juez la verificación de un juicio de probabilidad y no la aplicación de normas jurídicas". Hay que delimitar la teoría del uso jurídico extranjero de doctrinas aparentemente emparentadas, empero en el fondo disímiles. Ello ocurre para empezar con la oposición innegable entre quienes conciben el objeto referido por la norma del derecho internacional privado como el derecho extranjero y quienes estiman que es el uso jurídico

extranjero. Y ello es así, aunque los partidarios de la primera doctrina no se contentan con identificar derecho extranjero con norma extranjera sino que encuadran en este término "la norma interpretada por ciencia y jurisprudencia; aun en el último caso representa la norma una entidad jurídica y no de hecho". También se hace hincapié en los rasgos distintivos entre la teoría del uso jurídico extranjero, por un lado, y las doctrinas de los derechos adquiridos (Pillet) o de los vested rights (Beale) y la Local Law Theory (Cook, Lorenzen), por el otro (Nº 1 in fine, p.13 y núm.13, ps. 67 y sigts.). La teoría de los derechos adquiridos, además de contemplar sólo el caso del reconocimiento de derechos nacidos en el extranjero (casos relativamente internacionales) y no el supuesto del derecho por nacer en el propio país en una situación internacional (casos absolutamente internacionales), reconoce con el derecho subjetivo extranjero el ordenamiento normativo extranjero en el que aquél arraiga. Y en cuanto a la Local Law Theory, si bien cree en el judge made law, identifica "lo que los jueces fallan" no sólo con "lo que los jueces extranjeros probablemente habrían fallado", sino con "lo que cualesquiera jueces, propios y extranjeros, fallan", con lo cual el uso jurídico extranjero pierde su especificidad. El derecho extranjero constituye un hecho de notoriedad universal ". (GOLDSCHMIDT, 1970, 149, 1974, 142, 128, 1977, 145, 132, 1985, 716).

Cabe recordar, que fue en el año 1945 que la doctrina argentina sostuvo que: "La jurisprudencia podría, sin apartarse del texto escueto del artículo 13, conferirle cierta elasticidad, dando un paso hacia las soluciones más modernas. La asimilación que el código hace en la nota del artículo 13 de la ley extranjera a los hechos, permite sacar partido de la concepción procesal del hecho notorio. El juez está obligado a fallar según lo alegado y probado sin recurrir a su conocimiento privado de los hechos. Pero ello no le impide tomar en cuenta los hechos notorios y las máximas de experiencia aunque las partes no las hubiesen probado ni invocado: notoria non eget probatione. Pues bien, este concepto de hecho notorio, que ha adquirido importancia en la doctrina procesal y es admitido por los autores nacionales, permite a nuestro juicio la aplicación de oficio de las leyes extranjeras cuando ellas constituyan en verdad facta notoria; vgr. el código civil francés, el alemán, el italiano, el español, etc. Es un expediente que juzgamos utilizable para resolver parcialmente las dificultades creadas por el artículo 13. (BUSSO, I, 118,22).

b. DERECHO ARGENTINO

Una mirada a las normas de derecho internacional privado de la República Argentina, muestran que: a) en la fuente interna que tiene aplicación en ausencia de tratado, el artículo 13 del Código Civil Argentino, establece que "la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes (...)". Y en la nota, el codificador destaca, por si no ha quedado suficientemente esclarecido, que el derecho es un hecho. Esta doctrina adopta la línea de pensamiento errada, de que la ley extranjera

es un hecho que simplemente se alega sin depender de la prueba, disposición que encuentra su origen en la ley 15, título 14, partida 3ª, y en el artículo 15 del Esboço de Freitas.

b) En la fuente convencional, por un lado, los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, asumen una posición diametralmente opuesta a la disposición precedentemente transcrita, y se colocan dentro de la teoría que le atribuye naturaleza jurídica al derecho extranjero, mientras que por el otro, la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado de 1979 (CIDIP II) sobre Normas Generales, en vigor en la República Argentina, el artículo 2 dispone que “los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar el derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultará aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera”, adoptando la teoría del uso jurídico. (FELDSTEIN DE CARDENAS, RODRIGUEZ, SCOTTI, 2004).

Por ende, el sistema de derecho internacional privado argentino en materia de aplicación y tratamiento procesal del derecho extranjero, a tenor normativo, luce desparejo, nada armónico, hasta a veces contradictorio. No obstante el derecho extranjero es derecho, y debe ser aplicado de oficio. Esta última teoría, evita entre otros tantos inconvenientes, que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad pacten acerca de la existencia, texto y vigencia de un hipotético, supuesto, imaginario derecho extranjero que mejor les sirva a sus respectivos intereses procesales, quizá inexistente, derogado, o bien que aleguen un derecho extranjero que no tendrán interés en probar porque desean que el juez termine aplicando el derecho nacional que mejor los favorece. (FELDSTEIN DE CARDENAS, 2007).

c. DERECHO VENEZOLANO

Cabe observar que la doctrina venezolana nos acompaña cuando refiriéndose a los artículos 2, 60 y 61 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sostiene que “puede apreciarse claramente en estos textos, que el legislador venezolano supera la inveterada discusión sobre la naturaleza del derecho extranjero, y admite la tesis “jurídica”, según la cual el derecho extranjero es derecho auténtico y como tal no puede ser asimilado a una cuestión de hecho. La circunstancia de su extranjería no le quita su esencia normativa ni su existencia formal. El tratamiento procesal de este derecho, supone que se le coloque en pie de igualdad con el derecho nacional, porque respecto de ambos, se tratará de la aplicación de un *quid iuris*”.

“Las disposiciones de los artículos 60 y 61 de la Ley respecto de la aplicación de oficio, la intervención facultativa de las partes y los recursos de información de las sentencias, constituyen los efectos procesales de lo estatuido en el artículo 2º de la misma Ley, que es la conceptualización del tratamiento del derecho extranjero en orden a su aplicación a los casos concretos. Todas estas previsiones legales están en concordancia con las normas de los artículos 2º y 4º de la Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II. Montevideo, 1979).”

“Es importante destacar, que la Ley de Derecho Internacional Privado surge en un proceso de sintonía con la nueva fase de la codificación interamericana desarrollada en las Conferencias Especializadas de Derecho Internacional Privado. Cabe, asimismo, señalar que en algunas materias, los

preceptos de nuestra ley complementan o superan las fórmulas multilaterales. Este es el caso del artículo 2º que nos ocupa, al exigir expresamente que "se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflictos"; es decir, que va más allá de la regla correspondiente de la Convención (art. 2º), en el sentido de que facilita a los jueces, los criterios para la correcta aplicación del derecho extranjero en el propósito vinculante de lograr la justicia material del caso." (MAEKELT, citada por BONNEMAISON).

d. LA CONSTITUCION Y EL CONTENIDO DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL ARGENTINO

Los principios y valores esenciales que integran el concepto de orden público encuentran su origen, en primer término, en el Derecho estatal y, dentro de éste, en el Derecho Constitucional. La Constitución como norma fundamental del Estado, constituye la referencia básica a la que debe ajustarse el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto. (FERNANDEZ ROZAS, SANCHEZ LORENZO, 2007). La carga axiológica que proporciona esta fuente fundamental, obra inspiradora de las normas jurídicas del sistema legal que se proyecta no sólo a la hora de legislar sino también al momento de aplicar el derecho. (DREYZIN DE KLOR, 2000).

La cuestión del orden público internacional se plantea cuando el derecho extranjero indicado por la regla de conflicto está en pugna con principios fundamentales del Estado al que pertenece el juez que entiende en la causa. Indudablemente los principios fundamentales, de toda legislación se encuentran consagrados de forma medular, en los textos constitucionales de los Estados. En la República Argentina, el contenido de la cláusula de orden público internacional que se encuentra en el artículo 14 del Código Civil argentino, se halla integrado por los principios y valores jurídicos reconocidos por el texto constitucional. En el año 1994 en ocasión de la reforma constitucional sostuvimos que ella conllevaba, entre otros aspectos como en materia de derechos humanos, derecho de familia, derecho de la integración, inexorablemente a la reformulación del contenido del orden público internacional para adecuarse a este nuevo diseño normativo. (FELDSTEIN, BASZ, 1995).

Unos de los temas que siempre ha estado en el candelero, por sus múltiples matizaciones, antes de la sanción de la ley que restauró el divorcio vincular en la República Argentina, que dio lugar a posiciones doctrinales divergentes que llegaron a extender considerablemente el orden público internacional en resguardo de caros principios jurídicos (BASZ, FELDSTEIN, 1996). La sanción de la ley 23515, si bien es cierto, provocó inicialmente estupor entre quienes temían que quedasen irremediable y profundamente socavados los principios fundamentales del derecho argentino y que además, sobreviniera una avalancha de reclamos de los justiciables que no podría ser debidamente atendida por los tribunales estatales argentinos, no es menos cierto que nada de eso sucedió (FELDSTEIN, 2000, 141). La incorporación del divorcio vincular, produjo por lo menos un efecto notable, positivo desde nuestra mira, que resulta imposible soslayar, a saber: que los especialistas de Derecho Internacional Privado Argentino se vieran forzados a superar la concepción minimalista imperante basada en la defensa de un contenido meramente reducido al estudio de los llamados matrimonios mexicanos, al fraude a la ley, para empezar a descubrir

otros problemas atinentes a la materia, como desde hacía tiempo reclamaba una parte de la doctrina. (BIOCCA, CARDENAS, BASZ, 1990). No es que esos temas no debían ser objeto de análisis, sino que no podían serlo exclusivamente.

e) El caso Sejean

Precisamente un valioso antecedente lo constituyó el célebre fallo "Sejean", en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en 1986, por el voto de tres de los cinco jueces que entonces integraban el tribunal, declaró la inconstitucionalidad del art. 64 de la Ley 2393 que disponía: "El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que se disuelva el vínculo matrimonial". Cabe señalar que la doctrina del fallo sostuvo que el orden público que emana de la legislación común, sólo resulta válido en la medida que esa legislación haya sido dictada en consecuencia de la Constitución Nacional, ya que todo el orden público argentino, de manera expresa o implícita está contenido en ella.

El fundamento jurídico de la decisión se encuentra en lo establecido por el artículo 31 de la Constitución que dispone: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859", texto que ha permanecido intacto después de la Reforma Constitucional de 1994. Así quedaron esclarecidas dos cuestiones: que el orden público que emana de la legislación común, sólo resulta válido en la medida de que esa legislación haya sido dictada en consecuencia de la Constitución Nacional, ya que todo el orden público argentino, de manera expresa o implícita está contenido en la Carta Magna y que, por ello, la inaplicabilidad del derecho extranjero, cuyo rechazo derivara de su confrontación con una ley argentina, podía devenir aplicable mediante el recurso de cuestionar la inconstitucionalidad de la ley argentina, y lograr una decisión favorable en este sentido.

Una autorizada doctrina, en un comentario al fallo, sostuvo que la Corte "hubiera podido pues legitimar la validez de un divorcio vincular de un matrimonio argentino, basado en un derecho extranjero, en una causa en la que el demandante hubiera reclamado el reconocimiento en la Argentina, de la recuperación de su aptitud para volver a casarse, demostrando que la sentencia extranjera que decretó su divorcio vincular cumple con las exigencias del art. 517 del Cód. Procesal de la Nación (Adla, XLI-C, 2975). Siguiendo nuestro razonamiento, en esta hipótesis, la Corte Suprema hubiera declarado la inconstitucionalidad del art. 64, de la ley 2393, que significaba el obstáculo para que prosperara la pretensión del demandante y, como lógica consecuencia, la solución del caso se sentaría en la interpretación judicial de que una ley extranjera que establezca el divorcio vincular no viola en ningún caso el orden público argentino. No es imposible entonces que pueda plantearse, en una causa perteneciente al derecho internacional privado, la inconstitucionalidad de los preceptos de la ley 23.515 que acogen el divorcio vincular, aduciendo que el divorcio vincular es contrario a la Constitución Nacional, ya que de su

contenido se desprende el principio de la indisolubilidad del matrimonio". (PERUGINI, RAMAYO, 1988, 972).

La polémica tal como parece, si bien perdió el ardor que la envolviera en los setenta y ochenta, parece continuar vigente para quienes se interesan por el reconocimiento o no del divorcio vincular, que fieles a sus respetables principios pensarán que el núcleo central de la aplicación o de la inaplicación del derecho extranjero sigue girando en torno de esta figura. Antes porque en el derecho argentino no se aceptaba y ahora, por que se lo acepta. Desde nuestra mira, es el reverso y anverso de la misma medalla, que sencillamente es una derivación, una consecuencia, de la naturaleza cambiante, mutable del orden público internacional. (FELDSTEIN, 2001).

f. Control de constitucionalidad del derecho extranjero según la Constitución extranjera

En materia de aplicación del derecho extranjero, según la doctrina mayoritaria, la Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998, se admite la tesis jurídica, lo cual es particularmente importante porque la legislación venezolana nunca tuvo disposición sobre este aspecto, limitándose a lo previsto en los tratados ratificados por Venezuela, el Código de Bustamante y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional.

Es esta misma doctrina, hay una línea de pensamiento que abre un signo de interrogación interesante en el tema central de nuestro trabajo que invita a la reflexión. Se plantea la posibilidad del control de constitucionalidad del derecho extranjero cuando la disposición "colida" con la Constitución extranjera, y no la del Estado del Juez. (HENRIQUEZ MAIONICA, 2004). En este aspecto se aduce que "el control de la constitucionalidad sí es posible, tanto en el caso de que el derecho distinto del foro sea el venezolano, como en el caso de que el foro sea venezolano y el derecho sea cualquier otro, siempre y cuando se admite en éste la posibilidad competencial de un control difuso..."

"Así puede la Sala Constitucional revisar las decisiones en las que los jueces extranjeros controlen la constitucionalidad de nuestro derecho, cuando éste resulte aplicable? Y de ser ello así, tal conclusión se desprende del propio artículo 336.10 de la Constitución?. ". Según el autor esta posibilidad de control de la constitucionalidad del derecho extranjero "deriva - siempre en el marco del derecho internacional privado- de la aplicación íntegra del derecho extranjero que sea aplicable al caso, por supuesto, distinto del derecho del foro".

"El juez debe aplicar el Derecho extranjero ex officio y debe aplicarlo tal como lo haría un juez homólogo del país del Derecho a aplicar. Por ejemplo, si el Derecho aplicable es el de Italia, el juez (aquí en Venezuela) está obligado a aplicar aquel Derecho de la misma forma que lo haga un Giudice de Italia. Tal obligación "representa la única posibilidad para los jueces de diferentes Estados, cuando aplican una determinada legislación extranjera, de obtener la misma conclusión y, en consecuencia, garantizar la armonía internacional de las soluciones".

"Pues bien, existe dentro del sistema de derecho internacional privado venezolano la posibilidad de controlar la constitucionalidad del derecho extranjero. Esta posibilidad surge a través de la aplicación íntegra de este último derecho". La aplicación del derecho foráneo como la del propio, será irrenunciable y

procederán todos los recursos procesales establecidos contra los errores de derecho. Además el juez estará obligado a encontrar el contenido y alcance del derecho extranjero, saber interpretarlo como lo hubiera hecho el juez del respectivo ordenamiento o, en caso de encontrarse en la situación de no poder aplicar el derecho extranjero indicado por la norma de conflicto, decidir qué ordenamiento resolverá el caso en cuestión”.

“Si un juez foráneo controla la constitucionalidad del derecho venezolano, debe hacerlo a tenor de la Constitución de este país. Y viceversa, si el juez venezolano controla la constitucionalidad de un derecho foráneo – por ejemplo, de Portugal- él deberá hacerlo en el entendido de la Constitución lusa. ...A nuestro juicio, todo tribunal en aplicación del Derecho venezolano, si observare contraste entre la Constitución y una norma de cualquier rango que fuere, se inaplicará la norma en cuestión, en beneficio de la aplicación de la disposición constitucional. Esta potestad de inaplicación de la norma puede ser realizada por cualquier tribunal, aún de oficio, en cualquier tipo de causa”.

“En el sistema de Derecho Internacional Privado, los jueces venezolanos pueden controlar la constitucionalidad del Derecho extranjero que resulte aplicable en virtud de la aplicación íntegra del mismo requerida por el artículo 2 de la Ley de Derecho Internacional Privado y siempre al menos en nuestro criterio, en ese Derecho sea posible el control difuso” y por el otro que “También es posible, de ser el caso y siempre que en el derecho del foro se permita, que un juez extranjero controle la constitucionalidad del derecho venezolano...” (HENRIQUEZ MAIONICA, 225).

En una línea de pensamiento similar a la precedente se encuentra ubicada parte de la doctrina argentina que argumenta así:

“El derecho de un país extranjero es lo que probablemente sus jueces dirían que es. Tomando como precedente el caso “Collier c. Rivaz” (1841), los tribunales ingleses desarrollaron, desde 1926 una construcción que adecuadamente fue llamada por Cheshire la foreign court theory. Herbert Jenner decía, en tal caso; the court sitting here decides from the persons skilled in that (Belgian) law, and decides as it World if sitting in Belgium.

“De modo que el juez nacional debe fallar “como lo haría” el juez del país cuyo derecho resulta aplicable. “En el aspecto del caso enfocado en el tipo legal de la norma de conflicto, la remisión al derecho extranjero importa una referencia a la eventual decisión que concreta y efectivamente tomaría el juez extranjero. La imitación de su probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría. Así el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo haría el juez foráneo. En suma; debe concretar la proyección del sistema jurídico extranjero sobre el objeto de la remisión, esto es, sobre el tipo legal sujeto al derecho extranjero”. (BOGGIANO, 1993, 210/211).

No podemos soslayar que cuando se debatía la aprobación del artículo 2 de la Convención Interamericana de Normas Generales de Derecho Internacional Privado, que dispone que el derecho extranjero competente debe aplicarse tal como lo harían los jueces de su país de origen; el doctor Werner GOLDSCHMIDT (delegado por Argentina) hizo hincapié en la importancia del principio, en su

incorporación porque de ningún modo es superfluo; y porque contiene el valor fundamental de la tolerancia, sosteniendo en defensa de la teoría del uso jurídico que:

“La aplicación del derecho extranjero se basa en la tolerancia que en la comunidad internacional unos Estados deben tener con los otros, y esa tolerancia exige que si se aplica el derecho extranjero, no se le tergiverse, no se le distorsione introduciendo subrepticamente métodos propios....Si se aplica el derecho inglés, en el cual no se admite como medio de interpretación los debates parlamentarios, el juez argentino no debería utilizar ese método, aunque en el derecho argentino el acceso a los debates parlamentarios es sumamente importante”.

Durante el examen artículo 2 que finalmente condujo a establecer la obligación a cargo del juez de investigar y aplicar de oficio el derecho extranjero, fueron planteados por el representante de los Estados Unidos de América (doctor Arthur Von Mehren), los problemas inherentes a la institución desconocida; y en el deseo de superar las posibles dificultades prácticas, hizo una importantísima sugerencia en los términos siguientes: “Cuando la ley de un Estado parte contenga instituciones o procedimientos esenciales para su correcta aplicación y esas instituciones o procedimientos no estén contemplados en la legislación del foro, el tribunal podrá negarse a aplicar dicha ley”. (PARRA ARANGUREN, 461).

En el curso del debate, se ilumina la respuesta al interrogante planteado, cuando el doctor Werner Goldschmidt para rebatir una propuesta efectuada por el delegado de Estados Unidos, ejemplificó la materia de la siguiente manera y que echa luz sobre el tema de la constitucionalidad en el pensamiento del creador de la teoría del uso jurídico,:

“...Si se tiene que aplicar en la Argentina una ley italiana con respecto a cuya constitucionalidad, referida naturalmente a la Constitución italiana, hay dudas doctrinales en Italia - en Italia, como también en España- según la nueva constitución del año pasado- existen sendos tribunales constitucionales especiales que son los únicos que juzgan sobre la constitucionalidad de una ley. Por supuesto que cuando se declare una ley inconstitucional, dicha declaratoria vincula a todos los jueces.

“En la Argentina, si se quisiera aplicar la ley italiana tal cual la aplicaría el juez italiano, no habría un tribunal constitucional. En la Argentina cualquier juez, ante el cual se invoca una ley cuya constitucionalidad está en tela de juicio, examina la constitucionalidad y si llega al resultado de que la ley no es constitucional, no la aplica dentro de ese proceso, sin que esa declaración sea vinculatoria para otros jueces y procesos.

Según la propuesta de la delegación de Estados Unidos de América, que se está cuestionando “parecería que el juez argentino no podría examinar la constitucionalidad de la ley italiana, siempre con arreglo a las opiniones italianas, por no disponer de un tribunal constitucional y naturalmente, por no poder dirigirse al tribunal italiano de garantías constitucionales”.

Para finalizar aduce que “la mejor solución sería la de que el juez pudiera aplicar su propio procedimiento o sea, examinar la constitucionalidad”.

De lo que no cabe duda alguna, es que el examen del tratamiento del derecho extranjero llevó a reconocer la plena vigencia al adagio *iura novit curia* principio corriente en el derecho latinoamericano y

cuyas raíces se remontan al Protocolo Adicional de los Tratados de Montevideo suscriptos en 1889 y 1940, (artículo 5 y 6, respectivamente), como en el Código de Bustamante (artículo 408).

V. NUESTRAS PROPUESTAS

1) Dentro de las modalidades que presenta el llamado control de constitucionalidad en la República Argentina independientemente del modelo tradicional de control difuso, sujeto al test de razonabilidad que presume la constitucionalidad de la norma cuestionada, una nueva tendencia que contrariamente parte de la presunción en ciertas circunstancias de su inconstitucionalidad, es una línea jurisprudencial que merece una reflexión por estar encaminada a superar normas francamente regresivas.

2) En la interpretación del derecho extranjero, a la pregunta de si están los jueces ligados a las opiniones admitidas en el país de la legislación de que se trata, hay que responder con una negativa. Aun cuando los jueces fundamenten quizá la totalidad de la sentencia en una legislación extranjera, no por eso dejan de ser ellos lo que administran justicia en nombre y bajo la responsabilidad del Estado al cual pertenecen. A ellos, pues, es a quienes corresponde penetrar el sentido de la ley extranjera; tendrán muy en cuenta, evidentemente, las opiniones jurisprudenciales dominantes en el país extranjero, pero esas opiniones no serán para ellos obligatorias.

4) En la República Argentina, sea que el juez aplique sus propias reglas o las de un país extranjero, realiza siempre la función tantas veces comparada con la solución de un silogismo, en el cual la norma actúa como premisa mayor y los hechos que estima probados como premisa menor. Sostener lo contrario importa desnaturalizar la sentencia judicial, que en tal caso carecería de un esencial presupuesto de validez cual es estar fundada en derecho, sin que a ello obste la reconocida pero no infranqueable dificultad práctica que encierra el conocimiento del derecho extranjero por el juez, lo que por otra parte aparece como arcaico en virtud de la celeridad de las comunicaciones existentes en el mundo contemporáneo. Es más, ello está constitucionalmente vedado porque el juez no crea derecho, no legisla, función que le corresponde al legislador, que simétrica y equilibradamente tiene competencia para crearla, no para interpretarla. (BIOCCA, CARDENAS, BASZ, 1990, 137).

5) En materia procesal la teoría del uso jurídico descubre la vía media entre la doctrina de derecho y la del hecho. En efecto, ella afirma, por un lado, que el derecho extranjero es un hecho (hecho probable dentro de un contorno irreal e imposible), pero establece, por el otro, que la autoridad debe averiguarlo de oficio por ser un hecho notorio. (GOLDSCHMIDT 1985). Según su más conspicuo defensor, al comentar el Proyecto Venezolano de Derecho Internacional Privado, antecedente directo de la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998, sostuvo que el

Proyecto parece comulgar con la teoría de la norma jurídica, toda vez que por lo menos el recurso de casación no resulta admisible..." (GOLDSCHMIDT, 2001, 1, 119).

6) La inaplicación del derecho extranjero, por la vía del control constitucionalidad resulta procedente mediante el arbitrio del orden público internacional, cuando de la confrontación entre el ordenamiento jurídico llamado por la norma de conflicto con la ley argentina, resulte como última ratio que su aplicación vulnera a la Constitución Nacional

7) Los tribunales judiciales, sean nacionales o extranjeros, especializados o no especializados, carecen de competencia para declarar la inconstitucionalidad de la ley extranjera en base a la Constitución extranjera. Desde nuestra mira, y con ello pretendemos alentar el intercambio de opiniones, sostener lo contrario implica forzar la verdadera naturaleza del derecho extranjero, por cuanto su misión consiste en interpretar las leyes o preceptos de leyes extranjeras que no afecten la propia Constitución.

BIBLIOGRAFIA

- ALCORTA, Amancio. 1927, *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo I, Segunda Edición. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- BASZ, Victoria y FELDSTEIN DE CARDENAS, Sara. 1995, "El Derecho Internacional privado frente a la reforma constitucional". *La Ley*, 1995, Página 1127
- BIANCHI, Alberto. 2002, *Control de constitucionalidad*. Tomo I, Ed. Abaco. Citado por CURUTCHET, Eduardo. "Las llamadas libertades preferidas en el derecho constitucional norteamericano y su aplicación en la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina", 13 de noviembre de 1990, p. 20
- BIOCCA-CARDENAS-BASZ, 1990, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*. Última edición 2005. Editorial Universidad. Buenos Aires, Argentina.
- BIDART CAMPOS, Germán, 1986, *Tratado Elemental de derecho constitucional argentino*. Editorial Ediar, Buenos Aires, Tomo I, p. 228.
- 1983, "El art. 4º de la Ley de Concursos y la Constitución", en *ED*, N° 5769, del 6 de julio de 1983 y en *ED* 104-1018.
- BOGGIANO, Antonio. 1993, *Curso de Derecho Internacional Privado*. Abeledo Perrot.
- 1988, "Crise et dépassement des préférences locales dans la faillite transnacional en Argentine", en *RCDIP* 77 - 1988 - 497.
- BONNEMAISON W, J. L. 1999, "La aplicación del Derecho Extranjero" Conferencia dictada en Valencia.
- BREWER CARIAS, Allan R. 1996. *Instituciones políticas y constitucionales*. Tomo VI, San Cristóbal, 3a. edición, Caracas.
- BUSSO, Eduardo. 1945. *Código Civil comentado*. Buenos Aires, Tomo I, pág. 118, p. 22.

- CALVO CARAVACA Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, 2005. "Procedimientos de insolvencia y Reglamento 1346/2000: ¿Cuál es el centro de intereses principales del deudor?", en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Areal Ludeña, Santiago (dirs), *Cuestiones Actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Editorial Colex, Madrid, ps. 217 a 240.
- 2004. *Derecho Concursal Internacional*. Colex, Madrid.
- CAPPELETTI, Mauro. 1971. *Judicial Review in Contemporary World*, Indianápolis.
- CIURO CALDANI, Miguel A., 1995. Nota de la Sexta Edición, GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho Internacional Privado - Derecho de la Tolerancia - 8ª Ed.*, Buenos Aires, Depalma.
- CURUTCHET, Eduardo E. 2006. "¿Hacia un control de constitucionalidad más estricto de las normas del derecho del Trabajo?". Instituto de Derecho Constitucional.
- DREYZIN DE KLOP, Adriana. 2000. "Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado en el próximo siglo en Argentina". *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*. Número especial 2000. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. A.C. México. .
- FELDSTEIN de CÁRDENAS, Sara Lidia. 2007. "Insolvencia transfronteriza, reciprocidad y medios electrónicos. Análisis de un fallo ejemplar", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas Universidad Central de Venezuela*, N° 129, Caracas, Venezuela.
- 2007. "El orden público Internacional: una nueva mirada desde el Derecho Internacional Privado Contemporáneo", *Revista de Derecho 6*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, Venezuela,
- 2004. *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Internacional Privado y de la Integración*. Editorial La Ley, Buenos Aires, Reimpresión de 2007.
- 2000. *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*. Editorial Universidad.
- 1994. *Reformas al Código Civil. Derecho Internacional Privado*. Editorial Abeledo Perrot.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego. 1998. *Derecho Internacional Privado* (Una mirada actual sobre sus elementos esenciales). Córdoba, Editorial Advocatus.
- 1990. "La revisión del 'Proyecto Goldschmidt' de Código de Derecho Internacional Privado para la República Argentina", *Revista Española de Derecho Internacional*, E.D.I., vol. XLII (1990), 2, p.714.
- FERNANDEZ ROZAS, José Carlos, SANCHEZ LORENZO, Sixto, 2007. *Derecho Internacional Privado*. Cuarta Edición. Ediciones Civitas, Thomson.
- GARAY, Alberto F. 1989. "Derechos civiles de los extranjeros y presunción de inconstitucionalidad de las normas", *Revista Jurídica La Ley* 1989-B, p. 936).
- GOLDSCHMIDT, Werner. 1985. "Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero". La Ley, 1985, E- 716.
- 1983. "El art. 4° de la ley 19551", en ED 100 - 853.
- 1982. *Derecho de la Tolerancia. Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, novena edición.
- 1958. *Derecho Internacional Privado. Suma de Derecho Internacional Privado*, Lexis Nexis, novena edición. Ediciones Jurídicas Europa América.

- 1935. *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*, Editorial Bosch, Barcelona.
- 2001. *El proyecto venezolano de Derecho Internacional Privado*. Volumen I, p. 115-123,
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James, JAY, John. 1987. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica, México.
- HENRIQUEZ MAIONICA, Giancarlo. 2004a. "El Control de la constitucionalidad del derecho extranjero. Una perspectiva desde el Derecho Venezolano". *Revista Jurídica*. UCES. 191/225.
- 2004b. "El amparo constitucional: control de los derechos fundamentales, Sherwood, Caracas.
- JAYME, Erik, 1991. "Métodos para la concretización del orden público en el derecho internacional privado", Nota preliminar. Caracas, Venezuela, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N 82, Año XXXVI.
- KELSEN, Hans. 1981. *Teoría pura del derecho*. Eudeba. Buenos Aires.
- LINARES, Juan F. 2002. *Razonabilidad de las leyes*. Buenos Aires, Astrea.
- PARRA ARANGUREN, Gonzalo. 2005. "Las disposiciones generales sobre conflicto de leyes en el Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (2004). Editorial Albremática. *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*.
- 1998. *Curso general de Derecho Internacional Privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- 1982. *Codificación del Derecho Internacional Privado en América*. Universidad Central de Venezuela. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas.
- 1986. *Ensayos de Derecho Procesal Civil Internacional. El tratamiento procesal del derecho extranjero en los países de América del Sur*. Serie Estudios. Separata del Boletín de la Academia de Ciencias, Políticas y Sociales de Venezuela, , Año XXXII, pp. 41/73.
- PERUGINI, Alicia M. - RAMAYO, Raúl Alberto, 1988. "El control de constitucionalidad y el derecho extranjero aplicable (Un enfoque normológico). La Ley 1988-A, 968.
- POSSE, Luis J. 1927. "Bases de Derecho Internacional Privado para una ley de introducción al Código Civil Argentino", *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*.
- ROMERO DEL PRADO, Víctor M. 1961. *Derecho Internacional Privado*. Editorial Assandri.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1966. *La Corte Constitucional Italiana*. Instituto de Estudios Políticos, Universidad Central de Venezuela, Caracas.
- SAGUES, Néstor. 2006. "El control de constitucionalidad de la norma importada", en *El derecho público a comienzos del siglo XXI*. Estudios en Homenaje al Profesor Allan R. Brewer, Tomo I, Civitas, Madrid.
- VANOSSI, Jorge y UBERTONE, Fermín, 1996. *Control de Constitucionalidad*, Coordinador BAZAN, Víctor, Ciudad Argentina.
- VICO, Carlos M. 1934. *Curso de Derecho Internacional Privado*. Tomo I. Pág. 235. Biblioteca Jurídica Argentina. Segunda Edición.
- WOLFF, Martin. 1936. *Derecho Internacional Privado*, Labor, Barcelona.