



El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación y en relación al Derecho Internacional Privado

Dra. Marcela Beatriz Peronja

Secretaria de 1ª Instancia de Distrito del Juzgado de Familia de Villa Constitución

Introducción

La noción del orden público remite a imperatividad, a lo categórico que justifica el corrimiento del orden normal de las cosas en miras a un fin o meta superior. Podemos entonces aproximarnos al orden público diciendo que es una manifiestación de aquél.

Respecto a la idea o noción de orden público existen muchas opiniones, hay autores que lo tildan como un «misterio», «enigma» o «simplemente indefinible».

Lo cierto es que no puede ingenuamente suponerse que tal noción esté vacía de contenido, sino por el contrario y ya adentrándonos en el ámbito del discurso, como texto, su contenido depende necesariamente de su contexto.

En él la interpretación que se haga de la norma como la aplicación al caso concreto es y tiene «un margen» dada por la pluralidad de visiones que también se manifiesta a la hora de definir al orden público.

En efecto, no solo entendemos que su concepto sino también su aplicación, dependerá de la visión conjunta que se tenga del sistema y en él de la norma, su impacto en la realidad social y las valoraciones que impliquen, todo ello altamente significativo para el operador jurídico.

I. ORDEN PÚBLICO como objeto y como institución propiamente dicha

Sin desconocer los alcances más amplios que el Derecho internacional Privado (D.I.Pr.) pretende por estos días, ya que no trata únicamente de la aplicación del derecho extranjero sino de temas extremadamente actuales, como la colaboración internacional, entre otros; el tema que nos ocupa se encuentra ubicado junto a aspectos tradicionales del D.I.Pr., en el que cobra verdadera significación.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCC) recepta expresamente el orden público no solo

en relación al derecho interno sino al regular el D.I.Pr.. Se abordará la temática precisando su significación atento que del orden público «*se habla mucho y se conoce poco*».

En efecto, Eugenio Cardini ya lo definía como un «standard jurídico» que actúa como límite, valla, freno, cuando una norma colisiona, hace peligrar, infringe, lesiona, etc. contra el espíritu de un ordenamiento jurídico.

Horacio De la Fuente con agudeza diferencia dos acepciones de orden público que jurídicamente se utilizan de modo indistinto, provocando muchas veces confusión y otras tantas perplejidad. Máxime, si tenemos en cuenta que el orden público es un concepto abstracto que se exterioriza de diferentes maneras ante realidades distintas.

Precisamente por eso, el autor citado distingue el llamado «orden público objeto» del instituto «orden público» propiamente dicho.

En el ordenamiento jurídico interno, «el

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

*orden público-objeto es un concepto jurídico indeterminado, el cual -una vez precisado su contenido y decidido por los órganos autorizados que dicho interés general se encuentra comprometido- se convierte en objeto de protección del orden público-institución por medio de la limitación de la autonomía de la voluntad, garantizándose su prevalencia sobre los intereses particulares».*¹

Y el orden público institución actúa como «el instrumento jurídico del que se vale el ordenamiento para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre los intereses particulares».²

Desde esta óptica, Zanoni refiere al instituto como una «noción derivada» en el sentido que dependerá el «instrumento» del objeto en función del cual se despliega y lo hará de diferentes modos, sea en la imperatividad de sus normas o en la irrenunciabilidad de los derechos. Un verdadero escudo de protección o de preservación.

Así, para limitar la autonomía de la voluntad el orden público se manifiesta mediante normas de carácter imperativas.

En efecto, las leyes imperativas son necesariamente de orden público de conformidad a lo dispuesto por **el art. 12 CCC**; ya que la única razón para que las partes no puedan derogarlas es precisamente, que el orden público se encuentra comprometido.

El orden público le dá imperatividad a la norma.

Los autores citados coinciden que si bien no toda norma imperativa es de orden público, «sí es exacto que toda ley de orden pública es imperativa, es decir, no puede ser dejada de lado por la voluntad de las partes con lo cual se define la característica más importante de la ley de orden público».³

Es más, De la Fuente identifica ambos conceptos: «sin orden público no puede existir imperatividad, sin la causa no se puede generar el efecto.»⁴

Por otra parte en el D.I.Pr. «cuando se habla de orden público se hace referencia a aquellas normas que, por afectar la esencia de las instituciones, de las costumbres y de la organización de un país, deben ser aplicadas por los jueces no sólo con preferencia, sino también con omisión de la ley extranjera (aun en aquellos casos en que la ley extranjera fuere competente por aplicación de las reglas ordinarias de los conflictos legislativos..).»⁵ Como se adelantó, la imperatividad de las normas caracteriza esencialmente el orden público. Este efecto, ello se traduce: en el derecho interno, sin perjuicio de la retroactividad de las leyes, en el relajamiento de la autonomía de la voluntad (o su eliminación sin mas) y en el internacional, en la inaplicabilidad del derecho extranjero.

II. EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El D.I.Pr. es parte inexorable de todo sistema jurídico y hoy con su recep-

ción expresa en el CCC, adquiere una adecuada visibilidad en el sistema normativo argentino.

En el D.I.Pr. el orden público es instrumento que impide la aplicación del derecho extranjero.

Por lo tanto, siendo el objeto de su regulación el caso multinacional o sea, aquel en el que necesariamente existen elementos extranjeros que permiten conectar uno -al menos- o varios ordenamientos jurídicos foráneos, el orden público actúa como excepción.

• **El art. 2599 CCC**, plantea los casos en que las normas de derecho interno serán necesariamente aplicables al caso internacional. En esos supuestos, la *lex fori* no puede dejarse de lado y evita la aplicación del derecho extranjero y asimismo toda posibilidad de reenvío (art. 2596 CCC). Se trata de **normas internacionales imperativas**.

Ahora bien, cuando resulte habilitada la aplicación del derecho extranjero, también será aplicable las normas

imperativas de aquel ordenamiento. «*La norma en análisis autolimita exclusivamente la aplicación del derecho nacional a un caso multinacional. En otras palabras, en los casos alcanzados por normas imperativas, el juzgador debe descartar la aplicación del derecho extranjero señalado ya sea por la norma de conflicto o por la voluntad de las partes, y aplicar únicamente el derecho local*».⁶

• **El art. 2600 CCC** consagra la inaplicabilidad del derecho extranjero cuando este conduzca a soluciones incompatibles con los principios fundamentales de orden público que inspiran el ordenamiento jurídico argentino.

Así las cosas, se impide el pleno despliegue del derecho internacional privado y se revela como un *mecanismo de excepción* ante la regla (aplicación del derecho extranjero). Como límite de aplicación del derecho extranjero, su función es claramente *instrumental*.

La ley. Única fuente posible del orden público. Sea de índole común o constitucional y sea expresa o consagre prin-

cipios generales emanados de la Constitución Nacional y los Tratados de derechos humanos en que la Argentina sea parte.

En efecto, la ley puede definir que acto es contrario al orden público (por ejemplo, la ley del consumidor, la ley de los marítimos) o puede ser meritudo por el juzgador cuando resulta contraria a aquellas de índole constitucional.

Por ello adquieren relevancia los principios y garantías constitucionales, que hoy más que nunca impregnan toda la legislación privatista.

Fuentes del Derecho Internacional Privado. En efecto, al D.I.Pr. lo informan necesariamente el derecho internacional público que determina el modo y el contenido de los tratados suscriptos por nuestro país y de sus principios que lo nutren.

Máxime, en un contexto de constitucionalización del derecho privado (art. 1 CCC).

Este proceso implica entre otras cosas,

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

interpretar el derecho interno de modo de hacer operativas las normas de los tratados como el propio texto constitucional, en particular los tratados de derechos humanos que integran el bloque constitucional federal.

El orden público es la herramienta que garantiza la vigencia, en el caso concreto, de aquellos principios y se hace efectivo con la imperatividad que el caso reclama.

Este sistema normativo es el custodiado ahora desde la órbita internacional por los artículos 2599 y 2600 del CCC.

Como señala Boggiano, el sistema es finalista y conforme lo indica nuestro CCC en esa dirección se armonizan las normas, que deben seguir el norte indicado.

Hoy con la incorporación de los tratados de derechos humanos que con idéntica jerarquía se alzan en la cúspide del sistema normativo, el orden público es la herramienta que garantiza la vigencia en el caso concreto de aquellos principios.

Al respecto, el **art. 2 del CCC** fija las reglas interpretativas del sistema e incluye en ellas a «*los tratados sobre derechos humanos y los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento*».

Dice Ghesi, «*en relación a los primeros, sin duda se trata de una presunción pro-hominis sumamente trascendente, y en cuanto los principios y valores conforme a todo el ordenamiento jurídico, intenta establecer una coherencia ideológica, que si bien en la letra de las normas no se da, se intenta desde lo epistemológico*».⁷

Para el D.I.Pr. «*el derecho internacional público ejerce una función limitativa en relación al derecho internacional privado. Los principios emergentes de los tratados que probablemente constituyen derecho internacional consuetudinario sobre derechos humanos cumplen aquella función. Por ej. prohibiendo la discriminación por razón del sexo*».⁸

Cabe aclarar, que cuando se dio protección en el plano internacional a los

llamados «derechos fundamentales» del ámbito interno, aparecieron los derechos humanos en aquel nivel.

Los viejos límites que regían al individuo ante el estado en el marco del derecho interno se desdibujan hoy, ante el reconocimiento del orden internacional de derechos que le son inherentes al ser humano con trascendencia del estado territorial en que se encuentre.

Así se ha ido gestando en el derecho internacional un «núcleo duro» que resulta inderogables por ser considerado para la comunidad internacional vital y por lo tanto «orden público internacional».

A su turno, **el constitucionalismo del derecho privado** fue un giro a la inversa, significó reconocer en el derecho interno los tratados y normas internacionales, y se basa en la operatividad de los derechos reconocidos en los pactos internacionales siendo reconocidos y aplicables en la jurisdicción propia.

Adquiere particular trascendencia los

convenios e instrumentos internacionales suscriptos por el Estado que refieren a principios fundamentales del hombre, cuyas disposiciones tienen alcance de orden público internacional, es decir, de *ius cogens*⁹ «son aquellas normas que se basan en la común concepción de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas».¹⁰

Y por lo tanto resulta «norma imperativa de derecho internacional y que debe ser acatada y receptada por los estados.»¹¹ Ese piso mínimo impuesto por el Derecho internacional es integrado por los Derechos Humanos.

Retomando entonces, se afirma, que estos instrumentos internacionales forman parte del nuevo principio de legalidad, cuya pirámide normativa se ha modificado atento encontrarse por encima del propio derecho interno. Integra el denominado Bloque Federal, aquel plexo normativo de jerarquía constitucional que aniquila toda norma en contrario, por devenir precisamente en inconstitucional.

«En este sentido, el bloque de constitucionalidad se manifiesta en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros aspectos. Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el Derecho Privado.»¹²

A ese bloque se subordina toda interpretación del derecho interno, mediante el control de constitucionalidad¹³.

Cabe señalar, que estos tratados a los que el Art. 75 inc. 22 CN reconoce jerarquía constitucional sin incluirlos en la Constitución rigen internamente tal como fueron concebidos en su fuente -según interpreta parte de la doctrina-, o sea, «por manda constitucional mantienen toda su vigencia y deben aplicarse tal como rigen en el ámbito internacional del que provienen» (En idéntico sentido se pronunció la CSJN en el caso «Milone» respecto el convenio 17 de la OIT y

es criterio que parece sostener desde aquel precedente).

No obstante, el tema no es pacífico. Pues, se afirma que no existe un control supra constitucional, o sea, aquel que obligue al Estado argentino a interpretar la norma internacional conforme el bloque normativo-doctrinario internacional. Implicaría una subordinación del derecho interno al internacional.

Al respecto, «La incorporación del art. 75 inc. 22 en el texto constitucional no pretendió desvincular la protección de los derechos humanos conforme a su fuente jurídica de reconocimiento (nacional o internacional) o a su fuente jurídica de aplicación (jurisdicción nacional o internacional)... En definitiva, sostengo que la pretensión de un control de convencionalidad alimentado por sus propias fuentes (normativas e interpretativas) que subordine apriorísticamente toda otra fuente normativa e interpretativa nacional es inconstitucional por violación de los arts. 27, 30, 31, 75 inc. 22 y 118 CN».¹⁴

Cabe resaltar, que es tarea del juez -en

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación y en relación al Derecho Internacional Privado

la posición que adopte- interpretar y aplicar conforme los tratados, principios y valores jurídicos referidos.

De lo dicho, puede afirmarse que **la jurisprudencia entonces es fuente derivada del orden público**, pues último interprete de la ley. Por lo tanto, deberá controlar su constitucionalidad, como la implicancia del orden público, al que pueda afectar.

De ello se deduce que el juez puede -y debe- valerse no solo de las normas expresas sino de los principios rectores del ordenamiento a fin de cumplir su función; conforme el deber de avocamiento (art. 3 CCC) que es inherente al sistema jurídico.

Asimismo, conforme el principio de buena fe, los estados están obligados a cumplir los pactos que suscriben (conc. art. 9 CCC). En otras palabras, se obligan a cumplir la ley. Como dice Roberto Berizonce, respecto las «*convenciones humanitarias*» los estados son responsables por el incumplimiento de las obligaciones en ellas asumidas.¹⁵

En este sentido el orden público obliga al juez en su deber de avocamiento, a expedirse de un modo determinado.

III. INSTRUMENTACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El orden público en relación a la ley aplicable.

Es interesante analizar la autonomía de la voluntad en el D.I.Pr. y en relación al orden público; ya que **en materia de elección de la ley aplicable** adquiere mayor intensidad, si bien el límite va a estar dado precisamente por el orden público.

Cabe advertir que «*autonomía de la voluntad y límites imperativos no deben ser vistos como categorías antagónicas y en conflicto sino como figuras complementarias al servicio de un mismo fin*».¹⁶

Nuria Bouza Vidal explica que cuando la norma imperativa tiene por objeto

defender principios fundamentales de la sociedad misma, su aplicación solo tiene sentido en el marco del Estado que las formula. O sea, estas normas no son intercambiables aunque sean compartidas por un amplio grupo de Estados. Estas son las llamadas normas internacionalmente imperativas.

Son las típicas normas de orden público que aniquilan la voluntad de las partes y por lo tanto, no hay margen para que las partes puedan evitar su aplicación.

Por lo tanto, si bien la regla es que las partes pueden elegir libremente el derecho aplicable, debe ejercerse dentro de los límites imperativos establecidos por la ley.

Y por otro lado, -sostiene- hay normas cuya protección refiere a uno de los contratantes. En ese caso, la imperatividad de las normas están dadas en la imposibilidad de las partes de anular sus efectos salvo que aumenten su marco protectorio. Es esta la interpretación que la autora citada refiere res-

pecto el Convenio de Roma de 1980.

O sea, las cláusulas de elección de ley efectuada por las partes se convierten en un punto de conexión de la norma de conflicto que puede desplazar las conexiones objetivas previstas por la ley. Pero esto es así en tanto haya simetría contractual entre las partes; ya que cuando las relaciones se dan en condiciones asimétricas entre las partes, (por ej. consumidores, trabajadores) la elección de la ley convenida será válida en la medida que sea más favorable a la parte más débil.

Esta reflexión permite una perspectiva más del orden público, atento constituir un verdadero marco protectorio sea de realidades parciales o sectores que requieren una mayor protección con proyección internacional (por ej. las personas vulnerables que en nuestro actual ordenamiento interno se trata profusamente) o bien respecto concepciones o valores íntimamente relacionados con el orden social, modelo económico o rol del estado (por ej. las vinculadas estrechamente con

la noción «estado social de derecho») y sin perjuicio, de aquellas normas de derecho público que suponen la propia existencia del estado y el respeto de su soberanía; normas que también constituyen fuentes del derecho internacional privado.

En nuestro ordenamiento, la aplicación del derecho extranjero se encuentra condicionada a la inexistencia de fraude para imponer su aplicación y que no asistan razones de «orden público» para impedirlo.

Si bien, «*las partes pueden desplazar el derecho aplicable fundada en la autonomía que el legislador les concede*», el art. 2599 CCC es instrumento de su limitación.

Cabe resaltar que el orden público cumple un rol básicamente protectorio de lo nacional al permitir el armónico juego de la convivencia internacional y el respeto por el elemento extranjero. Y se dice que lo permite, porque precisamente invalida su aplicación de modo excepcional.

Pues, aquello que no filtra el orden público es derecho extranjero aplicable en el Estado.

Al respecto, Boggiano analiza al orden público en relación a la norma de conflicto: «como cláusula de reserva» y «como adaptación del derecho extranjero a los principios del derecho argentino».

* Como cláusula de reserva

El orden público actúa como excepción a la regla que supone la aplicación del derecho extranjero en el foro. Asimismo, la regla es de tal fortaleza que su aplicación debe ser restrictiva, con la mente puesta en la idea de que la regla es la aplicación de la ley extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto.

Según Goldschmidt, «*es la característica negativa de la consecuencia jurídica de la norma de conflicto*».¹⁷ Precisamente, el supuesto previsto por el art. 2600 CCC.

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

La lesión a los principios generales que informan nuestro derecho impondrá una aguda ponderación del juez de las normas aplicables en el caso concreto, siendo sumamente funcional atento su carácter de reserva general y abierta a los cambios políticos, sociales o culturales.

En esa misma dirección se encuentran los «**conceptos generales**», expresiones graduales que permiten la mayor flexibilidad para valorar la aplicación del derecho extranjero.

Asimismo, **los principios específicos del derecho internacional público** como la independencia de los estados o la supremacía del bloque constitucional federal sobre las leyes internas son protegidos por el orden público.

Por último, así como no puede lesionar nuestro orden público cuestiones **no prohibidas** en nuestro derecho, tiene particular interés aquellas **aplicaciones concretas del derecho extranjero al caso** cuando los elementos de contacto no contradicen nuestro orden público

y permiten desconocer los restantes, cuyas consecuencias resultan ajenas.

Esta funcionalidad del orden público permite distinguir en el D.I.Pr. entre el orden público pleno y el atenuado. «*Será orden público **pleno**, cuando con el objeto de proteger y preservar los intereses generales de la sociedad se impida constituir una situación jurídica de acuerdo a un derecho extranjero (por ejemplo, la celebración de un matrimonio poligámico) y el orden público **atenuado**, cuando lo que se pretende es que se reconozcan ciertos efectos a una situación jurídica constituida en el extranjero*»¹⁸ (por ejemplo, la obligación alimentaria, reclamada en nuestro país, respecto los hijos de un matrimonio poligámico celebrado en el extranjero).

En síntesis, el orden público como objeto incluye los principios que integran nuestro ordenamiento jurídico y como instrumento evita que las consecuencias de la norma de conflicto se verifiquen. Todo ello, consolida el sistema jurídico que el Estado constitucional de derecho prevee y el actual CCC supone.

* Como adaptación del derecho extranjero a los principios del derecho argentino

Para Boggiano, el orden público no debe evitar sin más la aplicación del derecho extranjero que le resulte opuesto sino, por el contrario, implica recurrir a ese mismo ordenamiento y extraer soluciones que armonicen con el derecho argentino.

Esta función adquiere relevancia en el actual proceso de internacionalización del derecho público. Es más, los principios universales constituyen un valioso recurso para dicha tarea.

El orden público se erige entonces como verdadero puente entre los ordenamientos que aparecen en pugna.

El orden público en relación a la jurisdicción.

Si se considera a las normas internacionales imperativas como parte del orden público, adquiere relevancia analizar **la autonomía de la voluntad**

en relación a la elección del foro.

En efecto, el interés general al que el instituto en estudio le sirve (ya se dijo el concepto esencialmente instrumental del «orden público») no dista de constituir aquel piso mínimo de derechos que la sociedad reconoce como esenciales o consustanciales con sus individuos, al punto tal de asumir su titularidad como conjunto social.

Esto se relaciona directamente con los derechos fundamentales, que en orden internacional constituyen el pleo normativo de los derechos humanos referido.

En esa dirección el orden público resulta herramienta de protección del colectivo vulnerable, que en el derecho internacional privado se traduce en gran medida en la parte más débil de contratación. Típico caso de los contratos de adhesión, de consumo, o de trabajo. Por su parte, la libre elección supone fortalecer la igualdad de las partes, disminuir la litigiosidad evitando el forum shopping, también posibilita

la elección de foro neutral o bien prestigioso o especializado. En el derecho comunitario sin duda simplifica y promueve el intercambio intracomunitario afianzando la equivalencia funcional entre las jurisdicciones de sus miembros.

No ocurre lo mismo, cuando la mentada igualdad se pierde. Para Bouza Vidal, «parece claro que la libertad de elección del foro no puede constituir una ley a rajatabla»; es más, hay un foro sobre el cual no puede disponerse, se trata del denominado «foro imperativo o de protección.»

Al respecto, resulta importante considerar «el particular contexto económico y jurídico en el que se hallan las partes contratantes en el momento de negociar el contrato», particularmente **la posición de notable inferioridad que ha tenido una de ellas respecto la otra a la hora de negociar las cláusulas contractuales como lo es la proroga de competencia.**¹⁹ Y esto también cabe respecto normas internacionalmente imperativas de origen comunitario.

En efecto, los límites a las cláusulas de elección de foro derivada del derecho material imperativo que resulte aplicable y la posibilidad de incluir dentro del concepto de orden público a las normas internacionalmente imperativas de un estado, debería prevalecer cuando se trata de los llamados «foros de protección».

Puntualiza la autora citada, «los Estados pueden establecer las limitaciones a las cláusulas de elección de foro que estimen convenientes, ya sea para proteger a la parte más débil o con menor poder negociador en el caso de contratos de adhesión, ya sea para evitar que contratos que revisten una especial importancia para la economía nacional o para el bienestar de sus ciudadanos puedan quedar sometidos a la competencia de un tribunal extranjero. Pero no son estas prohibiciones expresas formuladas por cada legislador las que interesa analizar, sino la posibilidad de introducir mecanismos correctores a fin de evitar que la aceptación indiscriminada de cláusulas de elección de foro en contratos susceptibles de afectar el interés

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

general permitan eludir las normas internacionales imperativas del estado cuyo tribunales serían competentes en defecto de elección».²⁰

Nuestra legislación prevee supuestos en los que se impone nuestro foro sea porque las partes no lo acuerdan válidamente (**art. 2650 CCC**) o cuando en razón de la materia la ley lo decide (ej: **art. 2654 CCC**).

Asimismo, el CCC prevee la práctica fraudulenta de las partes cuando se simula elementos de contacto para elegir indebidamente el foro y decidir el foro más conveniente (Forum shopping).

En relación específica con la jurisdicción, el orden público cumple una función (claramente instrumental). El Dr. Alfredo Soto entiende que el mismo se expresa «*en sentido fuerte*» al disponer el FORO DE NECESIDAD en miras a evitar la denegación de justicia (**art. 2602 CCC**) y «*en sentido débil*» respecto el FORUM NOM CONVENIENS, que implica declinar la jurisdicción o suspender el procedimiento cuando el Tribunal sea

manifiestamente inadecuado en comparación con otro más apropiado para ejercerla.

El supuesto refiere cuando las partes realizan la prórroga de competencia. Se prevee con fines de orden público y en especial para evitar la búsqueda artificial de foros favorables, o sea, cuando el caso no presenta vinculación significativa con el foro elegido por las partes.

Parece entonces que, «*fuera de aquellas materias en que el legislador de forma expresa limita o excluye la admisibilidad de las cláusulas de elección de foro, la libertad de las partes para elegir el tribunal competente debilita la eficacia de las normas internacionalmente imperativas. Ante ello, la última oportunidad que tienen los Estados para exigir el respeto a sus normas internacionalmente imperativas en los contratos entre profesionales es el control de la sentencia pronunciada por el tribunal elegido en sede de exequatur*».²¹

Como límite para la ejecución de sen-

tencias extranjeras.

El orden público tiene implicancias específicamente respecto la aplicación de la orden judicial emanada de esa sentencia, o sea la ejecución de la sentencia en sentido material y no a las circunstancias que le son precedentes, como la norma de conflicto aplicada o el procedimiento que dieron lugar a esa sentencia.

En principio la decisión no es revisable por vía de reconocimiento o *exequatur*. No se trata de evaluar el como se ha llegado a esa sentencia sino las consecuencias de la sentencia misma. Ello, siempre que la sentencia extranjera no afecte nuestros principios de orden público.

Precisamente en este tema, el orden público juega de contrapeso. Es el límite que se le impone al respeto del elemento extranjero.

La ejecución de sentencias extranjeras, representa uno de los temas en el que se efectiviza el «respeto» al ele-

mento extranjero. Implica la realización de uno de los principios propios del D.I.Pr., el principio protectorio de lo «extranjero» con implicancias directas en el proceso mismo.

En efecto, «*ha de tenerse en cuenta el carácter tuitivo del elemento extranjero que debe tener este proceso... significa además que los jueces actúan de oficio para proteger a dicho elemento extranjero*».²²

Interesa destacar que el fundamento hoy no solo es normativo, ni reservado al derecho interno. Pues, «*la comunidad internacional supone Estados comprometidos con la aplicación del derecho de extranjero (más allá de la reciprocidad definida en el derecho internacional público)... La amplia difusión del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras tiene ya, a nuestro parecer, carácter de costumbre internacional*».²³

Hoy es impensado que un Estado se niegue a la negativa total y absoluta de aplicar derecho extranjero sin tener el repudio internacional, con el consecuente aislamiento. Como dice

Ciuro Caldani, el planteo del reconocimiento de las sentencias extranjeras contribuye a comprender que el derecho no es y no puede ser monopolio del Estado Nacional y una disposición estatal contraria al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras coloca al Estado que las dicta en la posición de «*transgresión ante la conciencia jurídica mundial*»

Asimismo, parece relevante señalar que un Estado que «reconoce» no crea la norma que ejecuta, sino que evidencia que «algo» existe fuera de su ámbito. O sea, que el Estado al ejecutar la sentencia extranjera no la hace propia, ejecuta el derecho del otro. Es la esencia del respeto al que se hizo referencia.

Cabe señalar que en las sentencias declarativas y las constitutivas solo opera el reconocimiento de dichas sentencias, mientras que las condenatorias tienen efecto imperativo y acarrear la ejecución de las mismas; razón por la cual son las mas comunes a la hora de hacer valer una sentencia dictada en el extranjero.

Ahora bien, en principio no se entra al fondo de la cuestión que resuelve la sentencia, sino solo a su reconocimiento y, en su caso, ejecución; no obstante, solo se puede denegar el reconocimiento si es manifiestamente contrario a los principios de orden público del Estado requerido.

En este sentido el control respecto el orden público es doble, se controla que no vulnere los principios fundamentales de orden público del foro como así el orden público que impacta en el proceso mismo, garantía del debido proceso: que no se afecte el derecho de defensa.

Caso contrario, mediante ese control el orden público se expresa como «clausula de reserva» -ya referida- y repele la sentencia extranjera.

Lo expuesto hasta aquí, permite resaltar que las razones de orden público internacional están intimamente relacionadas con las similitudes que existan o no, entre el estado requerido y el requirente. Pues, en los ámbitos integrados la ejecución de sentencia ex-

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

trajera se realiza con mayor facilidad.

Se advierte entonces, una mayor correspondencia entre quienes comparten una integración jurídica generada por una comunidad de intereses con bases iusfilosóficas comunes. Pues, la misma conforma un núcleo susceptible de requerir protección por el instituto «orden público».

Conforme la Convención de Bruselas, por ejemplo en la Comunidad Europea -salvo supuestos de jurisdicciones exclusivas para determinadas áreas- la regla es la libre circulación de las sentencias dictadas en el territorio comunitario, o sea, el juez que ejecuta no evalúa la competencia del juez sentenciante.

Resulta evidente que la integración política y económica se acompaña con un sistema jurídico acorde; pues, necesariamente se unifica en base a principios rectores comunes. Precisamente, esto se torna reprochable para el Mercosur donde «la eliminación de barreras frente a la eficacia de las sentencias extranjeras debería ser simple, ya que los

Estados parte del Mercosur, todos pertenecientes a la misma familia jurídica, tienen raíces y concepciones jurídicas comunes.»²⁴

Orden público a priori o a posteriori

Un tema relevante, en relación a lo dicho, es la aplicación a priori o a posteriori del orden público. Decía Goldschimidt: «el orden público internacional tiene por función la de defender los valores del Derecho propio contra el Derecho extranjero que sí resulta aplicable según las normas del D.I.Pr. Puede ser que se considere como aplicable el Derecho propio referente a determinados temas (aplicación apriorística) puede ser también que se examine previamente al Derecho extranjero desde el punto de vista de su compatibilidad con los valores del Derecho propio, rechazando el primero y aplicando el segundo en el supuesto de su incompatibilidad (aplicación a posteriori). En ambos casos el orden público internacional constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero».²⁵

Por eso, concebir el orden público in-

ternacional como un conjunto de disposiciones, significa proclamar la aplicación a priori, o sea, con total independencia del Derecho extranjero. «Adicionándose el hecho de que no es fácil hallar un criterio operativo y exacto para saber que disposiciones forman parte del orden público internacional: han de ser las más importantes, las que conciernen a la comunidad de manera más vital».²⁶

Asimismo, para el Estado se puede afirmar que «el orden público está conformado, entonces, por principios que la sociedad considera viables para una convivencia entre hombres y mujeres que les permita un progreso económico-social por lo colectivo y otros que hacen a la individualidad de las personas relativos a la libertad, la dignidad y la seguridad de ellas partiendo de la normativa constitucional, por lo cual el derecho privado debe incorporar principios y valores contenidos en la Constitución Nacional, además de recoger la realidad social para no fracasar en sus postulaciones.»²⁷

Si bien la mayoría de los países utiliza

la fórmula que considera al orden público a posteriori, cabe reflexionar que en el caso a priori es el poder legislativo quién determina las situaciones y luego -y solo luego- el juez hace aplicación de lo dado, ponderando el caso a resolver.

Parece entonces que si bien el poder del juez no puede ser ilimitado, será al momento de la aplicación del derecho extranjero lo que defina si es o no contrario al orden público. Pues, si afecta o no el orden público será cuestión que será evaluada en el momento de determinarlo y no antes, «no siendo posible poner en numerus clausus, de forma apriorística lo que viene a ser orden público».²⁸

IV. SITUACIÓN ACTUAL. Reflexiones finales

En efecto, «el orden público propiamente dicho, es una herramienta para preservar el núcleo duro de los intereses generales de una nación dada, sea aquello comprensivo de las costumbres, la moral y aún los principios generales

del derecho».²⁹ Así el interés general de una comunidad dada se defiende sea de la autonomía de la voluntad en lo interno como del derecho extranjero en lo externo.

En relación a lo dicho, parece predominar una *tendencia unificadora* del D.I.Pr. que regula relaciones del derecho interno y del derecho internacional. Será la primera a la hora de ejecutar con sus propias normas la sentencia dictada en el extranjero y la segunda a la hora de aplicar normas internacionales que regulan el conflicto mediante los tratados celebrados por cada estado.

A su vez, las normas procesales y las llamadas «de fondo» ya no resisten separaciones tajantes. En efecto, «el impacto más trascendente y frontal que ha operado la <constitucionalización> en el terreno procesal ha sido, sin duda, la consagración del derecho fundamental de la tutela judicial efectiva y el afianzamiento de la justicia civil como manifestación de una de las funciones públicas del Estado democrático de derecho, con correlato del aseguramiento de las ga-

rantías fundamentales del proceso y su efectividad en concreto».³⁰

Es mas, «Queda todavía en favor de la justificación del ejercicio de las potestades legislativas del Congreso para instituir normas procedimentales el argumento asaz relevante de la necesaria unidad del ordenamiento jurídico como garantía de igualdad ante la ley».³¹

En este contexto, parece que «El orden público es un término estratégico de todo orden jurídico positivo, perteneciente en primer lugar por legitimidad de origen al ámbito de la política jurídica, pero también, en una instancia posterior pero no de inferior jerarquía, al ámbito de la política estatal propiamente dicha.»³² Así, el orden público es una formidable herramienta para que el estado social de derecho garantice -como tal- derechos y principios socialmente valiosos. Y en esa dirección, el orden público implica preservar el bien común -sobre el individual- revelado en el principio protectorio del derecho del trabajo, en la tutela efectiva de las personas vulnerables en el derecho de familia

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

y sin contradecirlos -y solo así- debe efectivizarse el orden público económico o social.

Ahora bien, analizando la actualidad del D.I.Pr., el Dr. Ciuro Caldani señala que «la concepción clásica en este derecho refería al conflicto de leyes, y en él la tarea de determinación de la norma era una actividad necesaria del juez para luego la aplicación de la ley extranjera». Agrega: «Hoy la situación no es tan simple,...en el mundo postmoderno se caracteriza por la fragmentación de los niveles superficiales de la vida, que permiten muchas particularidades pero asimismo por una muy fuerte unidad utilitaria en los niveles profundos.»³³

Las ramas del derecho no se diferencian nítidamente y como ya se ha dicho, la diferenciación entre fondo y proceso pierde relevancia.

De modo que la aplicación de la norma indirecta efectuada mediante abstracciones que permitían elegir los puntos de conexión va cediendo a una tendencia en aplicar el derecho que en con-

creto tenga más estrecha relación con el caso.

El contexto de esta situación la representa la crisis del «estado». Crisis que se manifiesta desde su interior por los regionalismos y desde el exterior por el universalismo.

Es mas, en el localismo el orden público a posteriori aparece con normas que determinan un orden público a priori; y por otra parte los estados tratan de responder a la tendencias universales mediante el derecho de la integración. En estos procesos, el orden público estatal se amplía reconociendo un orden público comunitario.³⁴

Así se afirma que «el orden público, bajo el nuevo paradigma, debería ser menos exigente en los procesos de integración, una vez que está en juego no solamente la identidad de un Estado, pero sí, la identidad de toda una región.»³⁵

Desde dicha óptica, parece que las vinculaciones internacionales repercuten en cada estado y a su vez, su propio

ordenamiento lo posiciona en dichas relaciones, de modo que «los fiscales han de proteger no sólo el «orden público» de la comunidad nacional sino también el de la comunidad internacional, o sea no sólo el juicio básico que con principal referencia a la condición humana tiene la comunidad nacional, sino además las opiniones fundamentales que poseen la comunidad nacional y la comunidad internacional respecto la vida internacional».³⁶

En síntesis, ante este actual cuadro de situación y en relación al instituto que analizamos surgen interrogantes que -a modo de reflexión final- podemos esbozar: ¿Es posible formular una fundamentación única de orden público? ¿Es el mismo instituto «orden público» interno e internacional que despliega solo efectos distintos según los ámbitos en los que opera?

¿Resulta conducente conectar los subsistemas normativos previstos en el CCC en relación a la regulación del DIPr, en particular el orden público internacional, con el orden público del derecho interno?

Por último, ¿es posible identificar el mismo instrumento que el concepto orden público supone, en los espacios integrados? ■

CITAS

¹ DE LA FUENTE, HORACIO H. *Orden Público*, Ed. Astrea, p. 24.

² DE LA FUENTE, HORACIO H. Obra citada 1, p. 23.

³ RIVERA, JULIO CESAR. *Instituciones de Derecho Civil, Parte general*, Ed. Abeledo Perrot, cap. II, TI, 6^oed., p.419.

⁴ DE LA FUENTE, HORACIO H. Obra citada 1, p. 37.

⁵ MEDINA, GRACIELA. «Orden Público en el Derecho de familia», LA LEY, Martes 10 nov 2015, p. 1 y sgtes.

⁶ *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Director LORENZETTI, Ricardo L.-Ed Rubinzal Culzoni, Tomo XI, p. 505.

⁷ *Código Civil y Comercial de Argentina Comentado*, Director GHERSI CARLOS A, Ed.No-va Tesis Tomo VI, p. 22.

⁸ BOGGIANO, ANTONIO. *Curso de Derecho Internacional Privado*, Ed. Abeledo-Perrot, p. 9.

⁹ Ius cogens es una locución latina que hace referencia a normas imperativas de derecho, en contraposición a las dispositivas de derecho. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, son aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario. El reconocimiento de las normas de ius cogens implica aceptar cierta jerarquía entre las fuentes del Derecho internacional, jerarquía inexistente en épocas anteriores. Las normas de ius cogens recogerían un consenso mínimo sobre valores fundamentales de la comunidad internacional que se impondrían sobre el consentimiento de los Estados individualmente considerados.

¹⁰ PADIN, LUIS. «La estabilidad pendiente, Breves reflexiones sobre la figura del despido discriminatorio», XXXII Jornadas de Derecho Laboral, Asociación Abogados Laboralistas (A.A.L.)

¹¹ POMPA, ROBERTO C. «Estabilidad y Despido Discriminatorio nulo como principios esenciales a la conciencia jurídica universal y patrimonio jurídico de la humanidad», XXXII

Claves Judiciales

El orden público en el Código Civil y Comercial de la Nación
y en relación al Derecho Internacional Privado

Jornadas de Derecho Laboral, A.A.L.

¹² Obra citada 6, p. 30.

¹³ PADIN, LUIS. «La estabilidad pendiente, Breves reflexiones sobre la figura del despido discriminatorio», XXXII.

¹⁴ ROSATTI, HORACIO. El llamado «Control de convencionalidad» y el «control de constitucionalidad» en la Argentina, La Ley Suplemento de Derecho constitucional, lunes 13 de febrero de 2012, p. 1 y ss.

¹⁵ BERIZONCE, ROBERTO O. «Poderes de la Nación para instituir normas procesales», LA LEY, Martes 5 de abril de 2016, p. 1 y sgtes.

¹⁶ BOUZA VIDAL, NURIA. «Aspectos Actuales de la Autonomía de la voluntad en la elección de la jurisdicción y de la ley aplicable a los contratos internacionales», p. 4.

¹⁷ GOLDSCHMIDT, WERNER. Derecho Internacional Privado: derecho de la tolerancia, 8a. Edición, Buenos Aires, Depalma, 1992, pp. 147.

¹⁸ MEDINA, GRACIELA. Obra citada 5.

¹⁹ BOUZA VIDAL, NURIA. Obra citada 16, p. 35.

²⁰ BOUZA VIDAL, NURIA Obra citada 16, p. 43.

²¹ BOUZA VIDAL, NURIA. Obra citada 16, p. 48.

²² CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. «La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado», Investigación y Docencia (IyD), N° 14, p. 38.

²³ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. «Notas jusfilosóficas sobre el reconocimiento y la ejecución de pronunciamientos jurisdiccionales extranjeros», I y D, N° 28, p. 66.

²⁴ ARGERICH, GUILLERMO. «Eficacia estraterritorial de las sentencias extranjeras en los procesos de integración» (Análisis comparativo de las regulaciones del Mercosur y de la Comunidad Europea).

²⁵ GOLDSCHMIDT, WERNER. Obra citada 17, pp. 147.

²⁶ PEREZ SOLFT, IVAN. ¿Orden Público Internacional vs. Orden Público interno y buenas costumbres?, p. 8.

²⁷ VIDAL TARQUINI, CARLOS H. «El orden público y las relaciones personales», DFyP, Abril 2003, Año V, n° 3, 3.

²⁸ PEREZ SOLFT, IVAN. Obra citada 26, p.7.

²⁹ PEREZ SOLFT, IVAN. Obra citada 26, p.2.

³⁰ BERIZONCE, ROBERTO. Obra citada 15.

³¹ BERIZONCE, ROBERTO. Obra citada 15.

³² ASEFF, LUCÍA MARÍA. «La noción de Orden Público: entre la tópica jurídica y el análisis crítico del discurso», Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, Córdoba, 30 de octubre al 1° de noviembre de 2003.

³³ Cfr. CIURO, MIGUEL ANGEL. «Comprensión Básica de las tendencias del Derecho Internacional Privado de nuestro tiempo y de la jurisdicción internacional», Investigación y Docencia (IyD), N° 24, p. 11.

³⁴ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL, Obra citada 33, p.11 y 12.

³⁵ KLEIN VIEIRA, LUCIANE. «El Orden Públi-

co Internacional: la defensa de la identidad del Estado y los procesos de integración», Centro Argentino de Estudios Internacionales, Programa Integración Regional, (www.caei.com.ar).

³⁶ CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL. Obra citada 20, p.37.