

El “problema” de la cuestión previa desde el derecho internacional privado argentino

The “Problem” of the Preliminary Issue From the Perspective of Argentine Private International Law

POR LEANDRO BALTAR (*)

Palabras claves

cuestión previa
jerarquización
equivalencia

Resumen

El presente artículo analiza la problemática de la “cuestión previa” en el derecho internacional privado, enfocándose en el sistema jurídico argentino. La investigación examina la naturaleza de este conflicto técnico que surge cuando la resolución de una pretensión principal depende de la validez jurídica de una situación incidental previa. Se exploran los antecedentes históricos del instituto, desde el caso Ponnoucannamalle hasta su recepción en la jurisprudencia nacional a través de fallos emblemáticos. Finalmente, el trabajo reflexiona sobre la falta de una norma de cierre codificada en el derecho argentino y la importancia de la discrecionalidad técnica del operador judicial para armonizar las fuentes convencionales y el derecho interno ante la complejidad del pluralismo metodológico actual.

Keywords

preliminary question
hierarchization
equivalence

Abstract

This article analyzes the problem of the “preliminary question” (incidental question) in private international law, focusing on the Argentine legal system. The research examines the nature of this technical conflict that arises when the resolution of a main claim depends on the legal validity of a prior incidental situation. It explores the historical background of the institute, from the Ponnoucannamalle case to its reception in national jurisprudence through landmark rulings. Finally, the paper reflects on the lack of a codified closing rule in Argentine law and the importance of the judicial operator's technical discretion to harmonize conventional sources and domestic law in the face of the complexity of current methodological pluralism.

(*) Abogado. Magister en Derecho Internacional Privado, Universidad de Buenos Aires. Doctor por la Universidad de Buenos Aires con tesis sobresaliente (área Derecho Internacional). Investigador Universidad Siglo 21. Profesor de Derecho Internacional Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y Universidad Siglo 21. Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Dr. Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Director de Proyectos de investigación.

I. Introducción

La génesis del método de elección en el derecho internacional privado (DIPr) supuso un cambio de paradigma de trascendencia estructural para la disciplina. La relevancia de la norma indirecta ha sido de tal magnitud que la doctrina la identifica como el cimiento de su autonomía científica (Santos Belandro, 2014). En este sentido, la figura de Savigny ha sido asimilada a la de Copérnico, simbolizando la ruptura epistemológica más significativa en la materia y configurándose como el primer cambio de paradigma registrado en el DIPr (Lequette, 2017).

A través de esta metodología se pretende resolver supuestos con elementos de extranjería “mediante el funcionamiento del derecho nacional más justificado para brindarla” (Boggiano, 2017, p. 119). Así, se logra diseñar un “sistema completo de DIPr, sin lagunas de reglamentación” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022, p. 500). Como una definición clara de la norma, resulta oportuno lo expresado por Dreyzin de Klor al decir: “es la que localiza la situación privada internacional en uno de los Estados involucrados, es decir a través de esta norma se especifica el Estado concreto cuyo ordenamiento jurídico es el encargado de regular la situación de que se trata, pudiendo ser el ordenamiento del foro u otro ordenamiento” (2015, p. 177).

Sin perjuicio de su consolidación, la aplicación de la norma indirecta ha puesto de manifiesto desafíos técnicos para los operadores jurídicos, categorizados como los “problemas” del derecho aplicable. Entre estos, adquiere especial entidad la denominada “cuestión previa”.

La norma indirecta, en su formulación legal, tiene por objeto abarcar una relación jurídica con elementos extranjeros relevantes, a fin de localizarla a través de un punto de conexión que permita determinar el derecho aplicable. La complejidad técnica emerge cuando el supuesto de hecho comprende dos situaciones jurídicas distintas que, lejos de ser autónomas, presentan un vínculo de interdependencia tal que una de ellas condiciona la resolución de la otra. Este escenario exige un tratamiento riguroso para no desvirtuar el fin último del DIPr: la obtención de una solución materialmente justa.

La doctrina ha empleado diversas nomenclaturas para este fenómeno, tales como *question préalable*, *vorfrage*, cuestión incidental o *preliminary question*. No obstante, ciertos autores han objetado estas denominaciones por considerar que ellas no ilustran su contenido y crean confusiones, prefiriendo los términos pretensiones subordinadas y pretensión principal (Contreras Vaca, 2004, p. 191).

Si bien este instituto se manifiesta con mayor asiduidad en el ámbito del estatuto personal (capacidad, nupcialidad, uniones convivenciales y filiación, sea biológica o adoptiva), su alcance no es taxativo, pudiendo proyectarse sobre otras áreas como las sucesiones o los derechos reales.

El presente análisis se propone examinar su abordaje desde la perspectiva del sistema argentino de DIPr. Para ello, resulta imperativo realizar una síntesis de sus antecedentes y de las soluciones propuestas por la doctrina, con el propósito de reevaluar el estado de la cuestión en el ordenamiento jurídico nacional vigente.

II. Breve repaso por la problemática

François Rigaux (2005, p. 191) sostiene que esta problemática surgió en la doctrina alemana, especialmente en la obra de George Melchior publicada en 1932, que le dedicó un capítulo titulado *Vorfrage* dentro de los que llamó como problemas fundamentales del DIPr alemán. Dos años más tarde, Wilhelm Wengler publicó un artículo con un análisis profundo de esta problemática considerado como “la descripción clásica del problema” (Schmidt, 1992, p. 323).

El primer aspecto fundamental para abordar esta problemática consiste en identificar con claridad el núcleo del planteo. En otros términos, resulta indispensable aprehender con precisión la naturaleza del conflicto que se somete a decisión, evitando una mera caracterización basada en la prelación entre cuestiones; si bien dicha aproximación es formalmente válida, deviene insuficiente para agotar el análisis requerido. En rigor, el objeto de la controversia consiste en determinar el ordenamiento jurídico aplicable a las cuestiones incidentales o preliminares, dado que la elección de la norma de conflicto en este estadio condicionará de manera directa e inescindible la resolución del fondo de la pretensión principal.

Cabe subrayar que esta problemática se circunscribe estrictamente a la dimensión del derecho aplicable, quedando excluida cualquier consideración relativa a la jurisdicción internacional. En tal sentido, resulta procesalmente improcedente cuestionar la competencia del magistrado del foro para conocer sobre la cuestión preliminar, por cuanto dicha atribución corresponde a la misma autoridad jurisdiccional que ha asumido competencia sobre el litigio principal y ha identificado la presencia de un conflicto conexo o incidental.

Sentada dicha precisión, procede el examen de las construcciones definitorias elaboradas por la doctrina, a efectos de consolidar una conceptualización más rigurosa y delimitada de este instituto jurídico.

Hooft la conceptualiza diciendo que se configura “cuando se presentan simultáneamente en un mismo proceso, dos cuestiones de derecho internacional privado que pueden ser sometidas a leyes diferentes, y cuando lo que se resuelva para una de ellas, puede repercutir o tener efectos sobre la otra” (2017, p. 138). Desde la doctrina extranjera, han definido a esta problemática como un problema específico del derecho conflictual, el cual surge “en el momento de la aplicación de una ley material extranjera a una cuestión de derecho (llamada principal, cuestionada o depen-

diente, que a su vez produce otra cuestión, prejudicial, incidental o condicionante), a la cual se encuentra ligada por un vínculo de subordinación lógico-jurídica. Surge, en este momento, la pregunta sobre el derecho de conflictos competente para indicar la ley que ha de resolver la segunda de estas cuestiones” (Pereznieto Castro, 2000, p. 174). En su más reciente obra, Fresnedo de Aguirre lo explica del siguiente modo: “el problema de la cuestión previa surge cuando el caso que se le presenta al juez involucra más de una categoría, y la resolución de aquella que constituye el objeto del litigio (cuestión principal) está condicionada por la resolución de otra categoría involucrada en el caso (cuestión previa, preliminar o incidental)” (2022, p. 422).

En el curso impartido en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Schmidt (1992) sostuvo que la configuración de un verdadero problema de cuestión previa exige la concurrencia de tres condiciones. En primer lugar, la *lex causae* debe ser una ley extranjera, lo que implica que la cuestión principal debe estar sometida a un ordenamiento distinto del derecho del foro; en caso contrario, al regir la *lex fori*, el juez no se enfrentará a la necesidad de optar entre diversas normas indirectas. En segundo lugar, se requiere que la cuestión preliminar esté regulada de manera autónoma en el foro, es decir, que exista una norma de conflicto específica que conduzca a la aplicación de un derecho distinto al aplicable a la cuestión principal. Si ambos aspectos se encontraran conectados al mismo derecho extranjero, no se suscitara controversia alguna respecto del ordenamiento jurídico aplicable a la totalidad del caso. Finalmente, las consecuencias jurídicas derivadas de los derechos aplicables en virtud de las distintas normas de conflicto deben diferir entre sí; de coincidir en el resultado, resultaría irrelevante cuál ordenamiento se utilice para resolver el caso.

La divergencia doctrinaria respecto a los presupuestos fácticos y jurídicos que configuran la cuestión previa impide una postura unánime en la materia. Entre quienes adoptan una posición más amplia se encuentra Wengler, quien se muestra particularmente favorable al reconocimiento de esta problemática. En tal sentido, propicia admitir como “supuestos de cuestión previa todos aquellos casos en los que la cuestión principal está regida por el derecho material del foro, como aquéllos otros en los que la misma cuestión principal aparece regulada en el marco de un ordenamiento extranjero” (Sánchez Rodríguez, 1977, p. 766). Esta concepción resulta, sin duda, más amplia, en la medida en que incluye dentro de la problemática todos aquellos supuestos en los que concurren dos o más situaciones que integran una misma relación jurídica.

Más allá de la discusión relativa a la exigencia o no de determinadas condiciones para su configuración, existe un consenso relativo respecto a ciertos indicadores que permiten delimitar este instituto y disipar ambigüedades interpretativas. En primer lugar, debe excluirse la existencia de esta problemática cuando, al iniciarse el proceso judicial, se plantea la validez de un acto o situación jurídica que ya ha sido objeto

de una resolución judicial firme. En rigor, la cuestión previa se presenta cuando confluyen dos situaciones jurídicas estrechamente vinculadas que requieren una resolución concatenada, en la que una de ellas constituye presupuesto lógico o necesario para la solución de la otra. En consonancia con la tesis de Goldschmidt (2009), el problema se limita al caso en que la o las cuestiones previas sean problemas todavía no resueltos por ninguna autoridad legítima y competente. En cambio, cuanto se presenta una cuestión que ya fue resuelta antes como una cuestión principal por un juez, no hay una configuración del problema que analizamos pues “prima el efecto de cosa juzgada (*res judicata*) frente a la norma de conflicto del foro” (Fresnedo de Aguirre, 2022, p. 425). En tales hipótesis, resulta improcedente la invocación de la cuestión previa, debiendo articularse, en su lugar, un exequátur incidental como paso previo a la prosecución del tratamiento de la pretensión principal.

Asimismo, cuando la labor jurisdiccional se orienta a la subsunción de un supuesto de hecho en una categoría jurídica determinada con el propósito de individualizar la norma de conflicto pertinente, no se configura el instituto bajo estudio. En rigor, dicha actividad se circunscribe a la calificación. Tal como indica Schmidt “(...) está claro que este tipo de caracterización no tiene nada que ver con el problema de la cuestión incidental ya que la caracterización es un procedimiento que en el tiempo es anterior a la determinación de la cuestión incidental. Esta cuestión surge después de que la caracterización ha terminado y se ha encontrado *la lex causae* para la cuestión principal” (1992, p. 334).

II.1. El antecedente jurisprudencial como origen de la cuestión previa

La sentencia del caso “Ponnoucannamalle v. Nadimoutoupoulle” dictada por la Corte de Casación en 1931 es reconocida como el hito jurisprudencial que dio origen a este debate técnico, merced al análisis exegético realizado por los juristas alemanes Melchior y Wengler.

Conforme a la sistematización doctrinaria de los antecedentes (Scotti, 2025, p. 273), los hechos versan sobre una familia de nacionalidad inglesa domiciliada en la India —bajo soberanía británica en aquel período—, la cual formalizó la adopción de un niño, Soccalingam, de acuerdo con la ley local. Dicho hijo adoptivo premurió al adoptante, dejando descendencia legítima. En el año 1925, falleció el jefe de familia, titular de un importante patrimonio, que comprendía, entre otros bienes, inmuebles ubicados en la Cochinchina, territorio sometido al ordenamiento jurídico francés (actualmente, parte de Vietnam). Cabe destacar que, algunos años antes de su deceso, el causante había otorgado testamento ante notario en las Indias francesas, disponiendo expresamente la desheredación de su “nieto adoptivo”.

Iniciado el proceso sucesorio, se presentó la señora Ponnoucannamalle en representación de su hijo menor, articulando una impugnación contra la disposición tes-

tamentaria. La pretensión se fundamentó en que, de acuerdo con el derecho francés —*lex rei sitae* aplicable a la transmisión sucesoria de los inmuebles—, el “nieto adoptivo” ostentaba la calidad de heredero legitimario.

El núcleo de la controversia jurídica radicó en la divergencia de soluciones normativas: si bien el vínculo de filiación adoptiva había sido válidamente constituido conforme a la ley de la India —ley personal del adoptante y del adoptado al momento del acto—, dicho estatus no era susceptible de reconocimiento por el ordenamiento francés. Esta exclusión obedecía a que la normativa de la época prohibía la adopción en supuestos de existencia de descendencia matrimonial, por estimar que tal acto vulneraba las porciones legítimas de los herederos forzosos.

Tanto el tribunal de primera instancia de Saigón como la respectiva Corte de Apelaciones y, en última instancia, la Corte de Casación francesa, rechazaron la pretensión incoada. El fundamento unívoco de los pronunciamientos radicó en que, al hallarse la materia subsumida en el derecho sucesorio —calificado como la cuestión principal—, resultaban imperativas sus disposiciones sustantivas. En consecuencia, al prohibir dicho ordenamiento la adopción bajo las circunstancias fácticas del proceso, la validez del vínculo filiatorio según la ley personal devino irrelevante para la resolución del litigio.

Esta solución ha sido objeto de profusas objeciones por parte de la doctrina especializada. Así, por ejemplo, Pereznieto Castro (2000) sostuvo que dicha resolución no constituye un verdadero ejemplo de coordinación entre ordenamientos jurídicos, en tanto se terminó aplicando el derecho francés a una institución creada conforme a otro derecho. Algunos autores han sido incluso más severos en sus críticas. En efecto, parte de la doctrina ha señalado que, al examinar los requisitos para la configuración de una cuestión previa, el caso en análisis constituiría un “falso supuesto de cuestión previa”, dado que la cuestión principal —la sucesión— se encontraba regida por el derecho del foro (Dolinger y Tiburcio, 2018, p. 705).

Una de las objeciones de mayor entidad formuladas por la doctrina consiste en impugnar dicho precedente basándose en la ausencia de los presupuestos necesarios para la configuración de la cuestión previa. En esta dirección, Claudia Madrid Martínez (2012) sostiene que el supuesto no constituyó una verdadera cuestión incidental con relevancia para el Derecho Internacional Privado. La autora aduce, en primera instancia, que la pretensión principal fue sustanciada íntegramente conforme a la *lex fori* (derecho francés) y que, respecto de la materia incidental, el tribunal omitió el método conflictual para invocar, de forma directa, la cláusula de orden público. No obstante, la concepción clásica del instituto parecería extender el ámbito de aplicación de la cuestión previa a supuestos de esta naturaleza, haciendo abstracción de los requisitos de configuración técnica precedentemente expuestos.

En la jurisprudencia argentina, los magistrados han omitido, con carácter general, toda referencia explícita a la cuestión previa. Tal circunstancia corrobora la tesis que define a este instituto como una problemática que ha concitado el interés académico durante décadas, mientras que los magistrados han permanecido, en términos prácticos, ajenos a su formulación teórica (Schmidt, 1992). Sin embargo, esto no significa que no hayan enfrentado la necesidad de resolver esta problemática.

Una de las primeras sentencias, citadas de manera recurrente, es el caso “Grimaldi, Miguel A. s/Sucesión”¹. El tribunal (y especialmente el voto de Perazzo Naón y el Fiscal) realiza un análisis típico de cuestión previa, aunque sin usar la terminología doctrinal moderna de forma explícita. Desde la mirada de la problemática que estudiamos, el fallo resuelve correctamente que la adopción italiana es válida y oponible en principio (no choca con el orden público), pero luego limita sus efectos sobre inmuebles por aplicación del estatuto real (artículo 10 del Código derogado). Es un ejemplo paradigmático de cómo el juez argentino de la época manejaba la tensión entre ley extranjera (personal) y ley territorial (real) en materia de status y sucesiones.

Similar situación se presentó en el renombrado caso “Bayaud”² en el cual la cuestión principal radicó en el análisis de la sucesión de E. Bayaud respecto a bienes inmuebles en Argentina y, por su parte, la cuestión previa se centró en el vínculo de parentesco (vocación hereditaria) de S. L. B. Este vínculo dependía de la validez y los efectos de una adopción realizada en Francia bajo la modalidad de “adopción simple”. Para la mayoría (voto del Dr. Ibarlucía) se adopta una visión más internacionista. En efecto, advierten que no se puede juzgar el nombre (adopción simple) sino el contenido del derecho extranjero. Si la ley francesa le otorga efectos sucesorios plenos en la familia del adoptante, la ley argentina debe reconocer esa situación jurídica. Podríamos concluir que, conforme a la mayoría de la SCBA, hay una inclinación por aplicar la ley que rige la cuestión previa de manera autónoma. A través del artículo 32 de la Ley 19.134 (vigente en ese entonces), el legislador argentino ya había establecido una norma de conflicto específica para la adopción: la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (Francia).

En una sentencia más reciente, el Juzgado en lo Civil N° 72 se vio compelido a pronunciarse respecto de la validez de un matrimonio celebrado en Uruguay, en el marco de un proceso sucesorio tramitado en la República Argentina³. En lo sustancial, la plataforma fáctica se configura del siguiente modo: Elena Salvador de Collia (causante) contrajo primeras nupcias en la República del Ecuador con Santiago Merino Letechi, vínculo matrimonial que fue disuelto por sentencia de divorcio dictada el 8 de junio de 1956. Menos de un mes después, el 7 de julio de 1956, contrajo matrimo-

(1) Cám. Civ. 2ª Cap., 22/12/48, “Grimaldi, Miguel Ángel s. sucesión”.

(2) SCBA, 25/03/81, “Bayaud, Enrique s./ sucesión”.

(3) Juzgado Civil N° 72, 30/09/2024, “Salvador de Collia, Elena y otros s/sucesión ab-intestato”.

nio en Uruguay con el otro causante, Noé Collia. En este contexto, Rosa Lucía de las Mercedes Salvador —hermana de la causante— impugnó la validez del matrimonio celebrado en Uruguay, fundando su pretensión en las disposiciones del Código Civil uruguayo. Específicamente, invocó el impedimento temporal contenido en el artículo 112 de dicho cuerpo legal, el cual impone a la mujer divorciada una prohibición de contraer nuevas nupcias hasta transcurrido un plazo de 301 días desde la disolución del vínculo precedente.

Se colige de lo expuesto que la determinación de la validez matrimonial constituye una cuestión previa de palmaria evidencia, cuya resolución deviene presupuesto necesario para el abordaje de la sucesión. Si bien la autoridad jurisdiccional omitió un tratamiento explícito de esta categoría dogmática, su razonamiento implícito, de manera necesaria, la resolución de este obstáculo para poder avanzar en el trámite sucesorio.

Para la resolución de la controversia, el tribunal aplicó —de forma técnicamente incorrecta— el artículo 2.622 del Código Civil y Comercial de la Nación. En virtud del principio de primacía normativa, el encuadramiento jurídico correcto debió efectuarse bajo el amparo del artículo 13 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, instrumento vigente entre ambos Estados. No obstante, ambas fuentes normativas convergen en una solución conflictual análoga al remitir la validez del matrimonio a la *lex loci celebrationis*. En consecuencia, resultaba aplicable el derecho uruguayo en lo atinente a la validez matrimonial, en tanto que la sucesión debía regirse por el derecho interno. Este razonamiento, desde una perspectiva teórica que se desarrollará más adelante, permite concluir que el tribunal adoptó la postura de la equivalencia⁴.

II.2. Las soluciones desde la doctrina: jerarquización vs. equivalencia

En el estadio de la determinación del derecho aplicable a la denominada cuestión previa, emerge un interrogante de naturaleza compleja: ¿resulta imperativo unificar el régimen normativo aplicable o, por el contrario, debe procederse al tratamiento autónomo e independiente de cada situación jurídica? La resolución de este dilema técnico se halla supeditada a la adscripción teórica por la que se opte.

Bajo este prisma, se contraponen dos tesis fundamentales: la jerarquización y la equivalencia. No obstante, con carácter preliminar, resulta pertinente efectuar una reflexión preliminar. Uno de los debates recurrentes al analizar esta problemática ver-

(4) La solución finalmente adoptada implicó descartar la respuesta ofrecida por el derecho uruguayo, en la medida en que dicho ordenamiento establece una prohibición de contraer segundas nupcias exclusivamente para la mujer viuda o divorciada. Tal previsión fue considerada discriminatoria, por resultar contraria a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento, y, en consecuencia, inadmisibles en el ámbito jurídico nacional.

sa sobre la posibilidad de desconocer un derecho adquirido en el extranjero cuando el caso se somete a la jurisdicción de un Estado distinto. A modo de ejemplo, si se requiriese examinar la validez de una adopción legalmente constituida para, a continuación, determinar la vocación hereditaria, la aplicación estricta de las normas conflictuales podría conducir al absurdo de privar de derechos a una persona que legítimamente los ostentaba conforme al ordenamiento jurídico que reconoció dicha filiación. En este contexto, y dado que se encuentran en juego derechos fundamentales, la existencia de un método de reconocimiento pone de manifiesto la necesidad de replantear el análisis desde una perspectiva de pluralismo metodológico.

La integración de normas de reconocimiento permite soslayar la configuración del “problema” de la cuestión previa y prevenir resultados materialmente injustos. Una vez satisfechos los presupuestos exigidos —tales como la cristalización o la proximidad, entre otros—, la relación jurídica se reputa válida, prescindiendo así del análisis conflictual. Esta postura intermedia no suprime *in totum* la cuestión previa, pero restringe su ámbito de aplicación. Si se tienen en cuenta las condiciones doctrinales para la configuración de la cuestión previa, la existencia de una norma de reconocimiento incide en este aspecto, toda vez que dichas condiciones no se verifican al carecer la cuestión incidental de una norma indirecta propia. Esta situación se presenta, por ejemplo, en supuestos de aplicación de los artículos 2.634, 2.637 y 2.640 (segundo párrafo).

Como puede advertirse, el eje de la discusión se centra, invariablemente, en un conocido dilema: identificar la solución jurídica que, con mayor eficacia, garantice la uniformidad internacional de las decisiones. En consecuencia, la alternativa interpretativa que finalmente se adopte, y que determine la adhesión a una u otra teoría, debe fundarse en aquella que mejor se avenga con dicho propósito, procurando, a su vez, minimizar al máximo cualquier riesgo de desarmonía internacional.

II.2.1. Teoría de la jerarquización (conexión dependiente)

Esta tesis parte del postulado de la subordinación normativa, según el cual las cuestiones jurídicas se hallan estructuradas jerárquicamente. En consecuencia, la cuestión calificada como previa queda inexorablemente subsumida bajo el ordenamiento jurídico que rige la cuestión principal, bajo la premisa de que todo asunto incidental pierde su autonomía científica y funcional al ser articulado en el marco de una pretensión de fondo.

El primer desafío técnico radica en la delimitación conceptual de los términos “previo” y “principal”. Una primera vertiente, denominada criterio ideal, define como principal a aquella situación jurídica que condiciona la existencia o validez de la otra. Bajo este prisma, en un proceso sucesorio donde se impugna el vínculo conyugal para determinar la vocación hereditaria del supérstite, la validez matrimonial se eri-

giría como la cuestión principal, desplazando a la sucesión a un plano subordinado. En sentido opuesto, el criterio real postula que la cuestión principal es estrictamente aquella formulada en el objeto de la demanda, mientras que cualquier controversia que emerja de forma ulterior debe ser considerada incidental o previa. Por razones de economía procesal y seguridad jurídica, este último criterio goza de mayor predicamento en la doctrina, atendiendo a una premisa lógica: la determinación del derecho aplicable no puede hallarse supeditada a la eventualidad de un planteamiento incidental. En esta línea, Goldschmidt ya señalaba que “la elección del criterio real está justificada, puesto que la idea directriz de las teorías de la jerarquización consiste en que se dé al caso igual solución que la que le daría el juez que resuelve sobre la controversia; y esta idea es acertada” (2009, p. 191).

Una vez establecida la distinción entre la cuestión principal y la previa, el análisis debe centrarse en el núcleo del conflicto: la determinación de la ley aplicable a esta última. El presupuesto de partida reconoce que el ordenamiento regulador de la cuestión principal ya ha sido individualizado mediante la aplicación de la norma de conflicto del foro y su respectivo punto de conexión. En virtud del principio de jerarquización, se postula que la cuestión incidental debe quedar subordinada al derecho que rige la pretensión principal. No obstante, cabe advertir que este razonamiento descansa sobre una *petitio principii*, cuyo fundamento teleológico se orienta a la preservación de la armonía internacional de las soluciones.

Esta subordinación de una categoría jurídica a la otra suscita un nuevo interrogante que ha fracturado el consenso doctrinal: ¿a qué segmento específico del ordenamiento jurídico aplicable a la cuestión principal debe someterse la resolución de la materia incidental?

En primer término, la teoría de la jerarquización con primacía del derecho material, denominada bajo el aforismo *lex materialis causae*, postula que el régimen sustantivo que regula la cuestión principal debe hacerse extensivo a la resolución de la cuestión preliminar. Mediante este mecanismo se alcanza una unificación normativa, subsumiendo la totalidad de los aspectos del litigio bajo un mismo ordenamiento jurídico. Según lo consignado por la doctrina especializada, “dada la estrecha vinculación con la cuestión previa, a esta última corresponde aplicarle el mismo Derecho material que rige la cuestión principal, que es aquel que señala el punto de conexión de la norma indirecta” (Dreyzin de Klor, 2015, p. 208). El argumento cardinal en defensa de esta tesis radica en la promoción de la armonía internacional de las decisiones, toda vez que favorece la uniformidad de los pronunciamientos al aplicar un estatuto jurídico unitario a la totalidad de las cuestiones.

La objeción medular articulada contra esta solución estriba en su potencialidad para derivar en resultados materialmente injustos. Ello obedece a que se corre el riesgo de someter la cuestión previa a un ordenamiento jurídico que ha mantenido

un contacto exiguo o nulo con la relación jurídica desde su génesis, desvirtuando así el principio de proximidad. Los detractores sostienen que esta tesis no es sostenible, pues “vulnera la exclusividad del DIPr del país cuyos tribunales conocen del asunto y perjudica la armonía internacional de soluciones” (Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2022, p. 611). En esta misma línea crítica, otros autores sostienen que “la búsqueda de uniformidad no debe prevalecer siempre sobre la necesidad de coherencia interna. En consecuencia, una preferencia general por el enfoque de la *lex causae* no puede basarse exclusivamente en el objetivo de la uniformidad” (Bonomi, 2017, p. 918).

En sentido opuesto, y en observancia del principio de internacionalidad, la teoría de la jerarquización con primacía del derecho internacional privado postula que la cuestión previa debe sustanciarse conforme a la norma de conflicto del ordenamiento que rige la cuestión principal y, por derivación, al derecho extranjero que esta última designe. La doctrina fundamenta este razonamiento en la premisa de que, al aplicar un determinado derecho a la cuestión principal, ese sistema jurídico “no aplicaría a quemarropa el propio derecho privado, sino que la someterían a aquel derecho privado que su DIPr indicaría como aplicable. En otras palabras, la cuestión previa queda sometida a aquel derecho privado que el DIPr. de aquel país considera competente, cuyo derecho rige la cuestión principal” (Goldschmidt, 2009, p. 192). Juristas como Wengler, Wolff y Melchior defendieron esta solución llamada como ‘solución conjunta’, argumentando que, si la cuestión principal se regula por la ley de un sistema jurídico extranjero determinado, el juez del foro debe resolver la cuestión como lo haría un juez integrado en ese sistema, quien decidiría la cuestión preliminar conforme a las normas de su derecho internacional privado. Según estos autores, esta es la única forma de respetar lo que denominan la ‘armonía jurídica internacional’ (Dolinger y Tiburcio, 2018, p. 705). Por su parte, Paul Lagarde sostuvo que, cuando la cuestión principal se halla sujeta a una ley extranjera, debe delegarse en dicho ordenamiento la competencia para resolver la cuestión previa. Bajo esta tesis, propone que la materia incidental no debe ser sustanciada conforme a las normas de conflicto de la *lex fori*, sino de acuerdo con las reglas de conflicto del sistema jurídico extranjero cuya ley ha sido declarada aplicable a la pretensión principal. Esta postura configura lo que la doctrina denomina una vinculación dependiente, supeditando la resolución del presupuesto jurídico a la lógica conflictual del derecho extranjero llamado a regir el fondo del asunto (Clavel, 2018, p. 50). En sustento de esta postura, se esgrimen dos argumentos (Schmidt, 1992, p. 359). El primero reside en la ajenidad de la cuestión incidental respecto de la *lex fori*, circunstancia que se verifica cuando la cuestión principal se encuentra sometida a un ordenamiento jurídico extranjero, revelando así la falta de interés del derecho del foro en la resolución del asunto. En palabras más simples: si el foro se desinteresa por la cuestión principal, pues la conecta con un derecho foráneo, con más razón carecería de interés para aplicar su ley a la cuestión previa o incidental. El segundo argumento lo encuentra en la necesidad

de respetar la lógica interna de la ley extranjera que rige la cuestión principal, pues de lo contrario se terminaría corriendo el riesgo de una desnaturalización.

Las críticas a la jerarquización no se hicieron esperar. Van Hoogstraten en Holanda y Francescakis en Francia le reprocharon su exceso de complicación y su carácter artificial (Corneloup, 2013, p. 191). Calvo Caravaca y Carrascosa González (2022) también objetaron esta postura, calificándola como una “tesis sumamente compleja y artificial” que genera una considerable inseguridad jurídica, particularmente porque la ley aplicable a una misma situación varía según ésta se presente como cuestión previa o principal. En igual sentido, Yves Lequette y Bertrand Ancel han cuestionado esta solución por su innecesaria complejidad, al sostener que “el razonamiento debería partir de la resolución de la cuestión previa conforme al derecho designado por la norma de conflicto del foro y, únicamente en el supuesto de que dicho derecho condujera a la invalidez de la relación condicionante, correspondería, como excepción, aplicar el derecho designado por la regla de conflicto del derecho asignado a la cuestión principal, si es que esta última ley conduce a la validez de la situación” (Najurieta, 2004, p. 53). Por su parte, Fresnedo de Aguirre (2022) considera que esta teoría es un precio inadmisibles, pues sostiene que hacer prevalecer el derecho de la cuestión principal sobre la o las previas atentaría contra los principios de certeza y seguridad jurídica.

A pesar de ser un férreo defensor de esta tesitura, Melchior admitía una excepción de notable amplitud: consideraba que aquellos presupuestos conceptualmente necesarios para la configuración de la cuestión principal debían regirse, indefectiblemente, por la ley designada por las normas de conflicto de la *lex fori* (Schmidt, 1992, p. 341). Lagarde también reconoce ciertos supuestos en los que su postura debe ceder. Entre ellos, destaca la hipótesis en la que se trata de incorporar al orden jurídico una situación válida creada en el extranjero, lo que impone el recurso al método de reconocimiento, del cual se declara también firme defensor.

II.2.2. Teoría de la equivalencia (conexión independiente)

Uno de los críticos más eminentes de la teoría de la jerarquización fue Werner Goldschmidt (2009), quien calificó dichas tesis como intrínsecamente injustas. Esta crítica se funda en que tales posturas desatienden el método analítico, cuya aplicación resulta lógicamente indispensable en los casos de carácter plenamente internacional. El jurista concluyó que la jerarquización conduce a resultados absurdos, lo que lo motivó a formular su propia doctrina. Así, enseñó que “la teoría de la equivalencia sostiene que cada causa, ya se presente judicialmente de forma aislada o junto con otras causas que integran un conjunto lógico, se rige invariablemente por su propio Derecho, esto es, aquel que el Derecho Internacional Privado del juez indica” (Goldschmidt, 2009, p. 193). En consecuencia, al abordar ambas relaciones, el tribunal debe acudir a las normas de derecho internacional privado pertinentes a la natura-

leza jurídica de cada supuesto y aplicar, de forma autónoma, el derecho vinculado a cada una de ellas.

La aplicación de esta teoría, también denominada *lex formalis fori*, solución disociada o tesis de la conexión (método) independiente, es defendida por Pereznieto Castro (2000), quien, tras criticar la solución adoptada en Ponnoucannamalle, sostiene que la forma de evitar la desnaturalización de instituciones extranjeras consiste en optar por una conexión autónoma.

Existe una lógica innegable en esta teoría que no puede soslayarse. Si la cuestión previa se presentara ante el juez de manera autónoma o independiente, éste la resolvería aplicando sus propias normas de conflicto. La misma lógica se observa cuando la cuestión se plantea no como principal, sino como previa. De este modo, se preserva la coherencia del ordenamiento jurídico del juez, asignando a cada cuestión el derecho que el legislador ha previsto para ella.

A diferencia de la tesis precedente, el tratamiento independiente propugnado por esta teoría procura salvaguardar la armonía interna, bajo la premisa de que tanto el origen como el destino del razonamiento jurídico radican en el ordenamiento del foro. De esta manera, se evita que una misma categoría jurídica reciba soluciones divergentes según se presente de forma principal o incidental, garantizando una respuesta uniforme mediante la aplicación sistemática de la norma de conflicto del tribunal. Esta problemática fue calificada por Kaller de Orchansky (1993, p. 99) como un grave problema de “desarmonía o disonancia interna”. Para ilustrarlo, considérese el siguiente supuesto: conforme al artículo 2.622 del Código Civil y Comercial de la Nación, la validez del matrimonio se rige por la *lex loci celebrationis*. Sin embargo, si dicha validez se plantea como cuestión previa en un proceso sucesorio, la aplicación de las teorías de jerarquización obligaría a juzgar el vínculo matrimonial según un sistema jurídico que podría colisionar con la voluntad del legislador. Ello obedece a que, por imperio del artículo 2.644 del citado cuerpo legal, la sucesión se rige por el último domicilio del causante o, tratándose de inmuebles en el país, por el derecho local (norma internacionalmente imperativa). En tal escenario, la conexión “lugar de celebración” resultaría desplazada, lo que pone en crisis la corrección técnica de dicha solución.

Ciertamente, la equivalencia ofrece una respuesta más simplificada que su contraparte jerárquica. Al sostener que la cuestión preliminar no debe ser discriminada en función de su presentación procesal, se impone el derecho designado por la norma de conflicto del foro. No obstante, esta simplicidad no autoriza a concluir que dicha alternativa constituya, en todos los supuestos, la solución más adecuada para la complejidad del DIPr.

III. La cuestión previa desde el derecho internacional privado argentino

A diferencia de otras problemáticas derivadas de la aplicación del derecho extranjero señalado por la norma indirecta, la cuestión previa presenta una mayor complejidad, ya que no existe un verdadero consenso respecto a cuál de las teorías debe prevalecer. En efecto, el debate se enfoca en determinar si es adecuado codificar alguna de las soluciones propuestas, ya que, de ser así, podría conducirnos a una solución rígida, limitando la flexibilidad necesaria para abordar la cuestión previa en distintos contextos jurídicos.

Aun cuando una tesis goce de mayor predicamento doctrinal, su aplicación dogmática podría, en supuestos específicos, comprometer la certeza y la seguridad jurídica, pilares axiológicos del DIPr. Bajo esta premisa, la facultad del operador jurídico para ejercer una discrecionalidad técnica —exenta de arbitrariedad— al seleccionar la solución más apta se erige como el mecanismo idóneo para salvaguardar dichos fines. En términos prácticos, la labor jurisdiccional debe orientarse a evitar que el régimen regulador de una de las cuestiones actúe como un óbice para el reconocimiento o la configuración válida de la otra relación jurídica en juego.

III.1. La fuente convencional

En observancia de la jerarquía de fuentes consagrada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, el análisis normativo debe iniciarse indefectiblemente con el estudio de los diversos tratados internacionales que, de manera directa o soslayada, han abordado esta problemática. Dicha prelación responde a la necesidad de armonizar la interpretación de la cuestión previa con los compromisos asumidos por el Estado argentino en el ámbito convencional.

III.1.1. Los Tratados de Montevideo de derecho civil internacional (1889-1940)

Al constituir uno de los hitos fundacionales de la codificación regional, los Tratados de Montevideo han oficiado como una fuente preeminente de DIPr, supliendo mediante su aplicación analógica las históricas lagunas del ordenamiento interno argentino.

En el cuerpo normativo destinado a la “parte general”, se advierte la inexistencia de una cláusula específica que regule la cuestión previa. Esta omisión responde a razones cronológicas: en la etapa fundacional de los tratados, la figura aún no había sido individualizada dogmáticamente; y, durante su revisión en 1940, su tratamiento apenas comenzaba a gestarse en la doctrina europea. No obstante, en la “parte especial” se identifican disposiciones que, bajo una lectura actual, operan como respuestas indirectas a esta problemática.

En primer término, cabe referirse a la disposición relativa al derecho aplicable a la ausencia (artículo 10 del Tratado de Montevideo de 1889 -TM89- y artículo 12 del

Tratado de Montevideo de 1940 -TM40-). Esta norma establece que “los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto a los bienes del ausente, se determinan por la ley del lugar en que esos bienes se hallan situados. Las demás relaciones jurídicas del ausente seguirán gobernándose por la ley que anteriormente las regía”. Así, puede advertirse que las relaciones jurídicas que surjan con posterioridad al inicio del proceso de ausencia no se someterán al derecho que rige la cuestión principal, sino que conservarán la ley previamente aplicable. Tal previsión pone de manifiesto una autonomía normativa que, a la luz de una lectura contemporánea, puede entenderse como una manifestación de la teoría de la equivalencia.

En lo que respecta a la validez del matrimonio (artículo 11 del TM89 y artículo 13 del TM40), se dispone que “la capacidad de las personas para contraer matrimonio, la forma del acto y la existencia y validez del mismo, se rigen por la ley del lugar en que se celebra”. Esta remisión unívoca a un único sistema jurídico torna innecesario plantear un eventual problema de cuestión previa, en tanto no existe escisión normativa en el tratamiento de los distintos elementos del acto.

Por último, cabe considerar la regulación en materia de filiación (artículos 16 y 17 del TM89; artículos 20 y 21 del TM40). Más allá de las observaciones críticas que pueden formularse respecto del lenguaje normativo empleado —en particular, por su inadecuación al paradigma jurídico contemporáneo—, se prevé que “la ley que rige la celebración del matrimonio determina la filiación legítima y la legitimación por subsiguiente matrimonio”, mientras que “las cuestiones sobre legitimidad de la filiación, ajenas a la validez o nulidad del matrimonio, se rigen por la ley del domicilio conyugal en el momento del nacimiento del hijo”. En el contexto histórico en que estas disposiciones fueron concebidas, la distinción entre filiación legítima e ilegítima revestía una trascendencia jurídica considerable, en tanto condicionaba el reconocimiento de derechos. Así, en los supuestos en que la filiación legítima dependía de la validez del matrimonio, la norma remite al derecho del lugar de celebración del mismo, operando la subordinación de la filiación a la cuestión principal, lo que evidencia una técnica de jerarquización.

III.1.2. La Convención Interamericana sobre normas generales de Derecho Internacional Privado (CIDIP II - 1979)

Este convenio, aprobado en el contexto de la Conferencia celebrada en Montevideo en 1979, se encuentra vigente entre Argentina, Brasil, Colombia, El Salvador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela (OEA, 1979).

La norma que aborda el instituto bajo estudio se encuentra en el artículo 8 el cual dispone que: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuer-

do con la ley que regula esta última”. Esta fórmula se apartó de la propuesta realizada por la delegación argentina, en la cual se inclinaba por la teoría de la equivalencia.

Su lectura nos lleva a concluir, en una primera interpretación, que la problemática desencadenada por este instituto no se encuentra completamente resuelta. En efecto, al expresar “no deben resolverse necesariamente”, no descarta ni adopta ninguna de las teorías que mencionadas. Se afirma desde la doctrina que la fórmula aprobada “deja un amplio margen de discrecionalidad al juez, porque en principio no le impone adoptar ni una ni otra solución (teoría de la equivalencia o de la jerarquización)” (Fresnedo de Aguirre, 2022, p. 439). Así también lo señala Nuria González Martín al sostener que “se está dando cuenta de que no todos los casos en que se presente cuestiones preexistentes son iguales por lo que no deben tratarse de igual forma por lo que debe respetarse su especialización y flexibilización” (González Martín y Rodríguez Jiménez, 2010, p. 157). Sin embargo, “la redacción de la norma revela un principio de preferencia —pero no de exclusividad— hacia la teoría dependiente, en la cual el acento se pone en la óptica del derecho extranjero designado para regir la cuestión principal; ello evita la ruptura de la armonía material del derecho privado” (Najurieta, 2004, p. 58). Así también lo afirma De Maekelt al decir que “la fórmula adoptada sugiere una cierta inclinación hacia la doctrina jerárquica” (1982, p. 324).

En cierto sentido, y como resultado de la falta de consenso, se llegó a una solución más ‘flexible’, ya que no restringe al operador jurídico a una única forma de proceder. Al mismo tiempo, esta flexibilidad permite considerar diversas alternativas, evitando así una aplicación jurisprudencial estricta de la jerarquización tradicional. Esto lo explica claramente Fresnedo de Aguirre al decir que “el juez que enfrente a la necesidad de resolver una cuestión preliminar a la principal, deberá optar por la solución que, en materia de cuestión previa, mejor realice las finalidades perseguidas por cada una de las legislaciones involucradas y la equidad en el caso concreto” (2022, p. 439). En este punto, la jurista concluye que esta solución interamericana, que responde a la idea de una mayor flexibilidad, resulta ser la más adecuada.

Esta norma debe leerse conjuntamente con el artículo 9, destinado a regular la armonización de los derechos en juego. Presuponiendo que la configuración del problema de la cuestión previa termina generando la aplicación de más de un derecho en un mismo proceso a cuestiones distintas, si se decide aplicar la equivalencia, la norma indica que “las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”. De este modo, cuando se aplican más de un derecho será necesaria la armonización, evaluando los resultados a los cuales conducen los derechos.

III.2. Los intentos de reforma en Argentina

La sistematización del derecho internacional privado de fuente interna en Argentina ha experimentado diversos intentos fallidos. En esta ocasión, resulta pertinente destacar dos de ellos, tanto por la relevancia de su contenido como por su influencia en la configuración de la normativa vigente.

El primero de ellos es el Proyecto del Libro VIII al intento de reforma de Código Civil en 1998. Se disponía en el artículo 2.537: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, deben resolverse conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del foro, prescindiendo del derecho que regula la cuestión principal”. La solución era sumamente tajante, pues de manera expresa se rechazaba toda posibilidad de acudir a la teoría de la jerarquización en sus diversas variantes.

El segundo de ellos, data de 2003 cuando el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos presentó un nuevo Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado (Resoluciones 191/2002 y 144/2002). En este intento, se incorporó el tratamiento de la cuestión previa en el artículo 7, adhiriéndose de manera expresa a la teoría de la equivalencia. La norma indicaba que: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se resuelven conforme al derecho indicado por las normas de conflicto del país del tribunal que interviene”.

Como puede apreciarse de estos dos intentos de reforma, la intención del legislador se orientó en abordar esta problemática con una misma dirección: la adopción de la teoría de la equivalencia.

III.3. El Código Civil y Comercial de la Nación de Argentina

No es común encontrar en las legislaciones una referencia a esta problemática. Como ha expresado Patrick Glenn, “la gran mayoría mantiene un ‘silencio prudente’ sobre esta cuestión” (2012, p. 277). La falta de una regulación expresa dentro de las disposiciones que conforman la parte general (artículos 2.594 al 2.600 del Código Civil y Comercial de la Nación -CCyCN)- nos coloca en una situación similar a la que enfrentábamos durante la vigencia del código derogado. En efecto, la pregunta que se nos plantea implica determinar si, ante el silencio normativo, la solución debe basarse en la aplicación del derecho de la cuestión principal a la cuestión previa o no.

Esta omisión legislativa no debe interpretarse como un desinterés o desconocimiento de la materia. Por el contrario, parece responder a una decisión deliberada de política jurídica, análoga a la adoptada respecto al problema de las “calificaciones”. En los fundamentos del Anteproyecto de reforma, se subrayó que “es preferible permitir que la ciencia del derecho internacional privado siga su curso evolutivo, sin imponer a los jueces la obligación de razonar según criterios abstractos”. A esta postura se

le puede agregar la reflexión de la profesora Najurieta (2025, p. 58), miembro de la Comisión Redactora, quien, años antes, advirtió que las soluciones globales, es decir, aquellas que pretenden ser aplicables a todos o a una gran mayoría de casos, podrían resultar inapropiadas debido a su nivel de abstracción, siendo más adecuado optar por soluciones particulares. Este enfoque conduce hacia una solución funcional. De hecho, la citada jurista sostiene que los razonamientos flexibles son los más idóneos para posibilitar una adecuada coordinación. Por su parte, Boggiano propone la aplicación independiente del derecho correspondiente tanto a la cuestión previa como a la principal. En tal sentido, sostiene que “se da la aplicación simultánea de dos o más derechos. Si sugiera una grave e inequitativa solución final, debería acudirse *a posteriori* a una preferencia electiva o a una adaptación material” (2017, p. 539).

Esta orientación parece alinearse con la postura ecléctica adoptada por Dicey, quien, aun partiendo de la premisa de aplicar la teoría de la *lex causae*, sostiene que la problemática de la cuestión incidental no admite soluciones mecánicas ni universales, sino que su resolución debe atender a las particularidades propias de cada caso (van Hoogstraten, 1962, p. 213).

Ahora bien, la ausencia de una norma específica podría llevarnos a concluir en la primacía de la teoría de la equivalencia, dado que la norma indirecta del juez es imperativa en la resolución de casos de DIPr. En este sentido se expresa Weinberg de Roca al decir que “por no existir otra norma vigente que el artículo 8 citado (CIDIP II), somos partidarios de resolver la cuestión previa de acuerdo con las normas de derecho internacional privado del tribunal, que no deberían ser dejadas de lado” (2021, p. 94). Por su parte, Boggiano expresa que “al parecer, cuando nuestro legislador manda aplicar el derecho elegido en la norma de conflicto a una cuestión descripta en el tipo legal, no quiere que ese derecho elegido sea aplicado también a otra cuestión (incidental) descrita en el tipo legal de otra norma de conflicto, que elige otro derecho aplicable” (2017, p. 537). Siguiendo este razonamiento, el autor concluye que esta falta de regulación indicaría la intención del legislador de abordar las cuestiones previas de forma independiente, es decir, sometiénolas a los respectivos ordenamientos jurídicos aplicables por cada tipo legal.

Ante la carencia de una regulación explícita en el texto legal, se impone la necesidad de realizar un examen de las disposiciones con el fin de identificar algún indicio que permita esclarecer esta cuestión. En este punto, la referencia obligada es al inciso c) del artículo 2.595. Esta norma indica que “si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”.

Ciertamente, la norma analizada no contiene una alusión específica a la cuestión previa, dado que su tercer inciso está diseñado primordialmente para receptar la técnica de la adaptación. Sin embargo, juristas de la talla de Boggiano (2017, p. 539) encuentran en su redacción una pauta orientadora de gran valor. En tal sentido, luego de señalar que el Código debió haber contemplado y resuelto expresamente esta problemática, considera que dicha disposición podría operar como una posible respuesta interpretativa.

Del tenor de la norma se desprende la recepción del supuesto en el cual convergen “diversas relaciones jurídicas” dentro de una misma causa sometida a la jurisdicción argentina. Ante tal escenario, el legislador faculta al magistrado para procurar la armonización normativa, priorizándola sobre la exclusión de cualquiera de los preceptos aplicables. No obstante, una exégesis literal del precepto revela que este contempla la aplicabilidad de distintos ordenamientos a los diversos aspectos de una misma relación, circunstancia que solo halla viabilidad bajo los postulados de la teoría de la equivalencia. Por el contrario, la tesis de la jerarquización con primacía del derecho interno obstaría a dicho análisis. Por consiguiente, es dable inferir una propensión implícita hacia el empleo de la norma de conflicto del foro para la sustanciación de la cuestión preliminar.

Esta ausencia normativa se traduce, en cierta medida, en una mayor flexibilidad respecto de la solución de fondo que pueda adoptarse en el caso concreto. Sin embargo, lo que en principio podría considerarse un atributo positivo se traduce, en el plano fáctico, en un factor de incertidumbre e inseguridad jurídica, toda vez que la solución definitiva quedará supeditada al arbitrio del operador jurídico actuante.

Lo cierto es que, cuando el sistema de DIPr guarda silencio respecto al modo de dirimir esta problemática, no puede colegirse que la cuestión se halle agotada. Por el contrario, tal omisión impone la necesidad de profundizar en la labor hermenéutica, a efectos de integrar las eventuales lagunas normativas y dotar al ordenamiento de una solución coherente y sistémica. Bajo una perspectiva de proyección prospectiva, resulta pertinente interrogarse sobre la conveniencia de incorporar, en la parte general del cuerpo legal, una disposición que adopte una solución específica. No obstante, dicha regla debería permanecer sujeta a las modulaciones que impongan la naturaleza de la materia involucrada, la respuesta sustantiva que se pretenda alcanzar y los fines axiológicos propios del DIPr.

III.4. Derecho comparado

Tal como se ha expuesto con antelación, resulta exigua la cantidad de regímenes normativos que han incorporado soluciones expresas para la sustanciación de esta problemática.

La Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay (N° 19.920)⁵ se refiere a las “cuestiones previas o incidentales” en el artículo 10 disponiendo que: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se regulan por el derecho aplicable a cada una de ellas”. A diferencia de lo previsto en la CIDIP II sobre Normas Generales, la legislación uruguaya se adscribe a una de las dos teorías existentes, eliminando la posibilidad de que la autoridad judicial recurra a la jerarquización y restringiendo la flexibilización o adaptación a las circunstancias del caso concreto. Considerando que esta rigidez podría afectar la justicia que requiere cada caso, Fresnedo de Aguirre (2022) sostiene que la norma debe interpretarse a la luz del artículo 11, el cual insta al juez a aplicar de manera armónica las normas competentes para regular los distintos aspectos de una situación determinada, tomando en consideración la finalidad perseguida por cada uno de los derechos involucrados.

En México se encuentra vigente el Código Civil para el Distrito Federal en cuyo artículo 14⁶ se recepta una solución similar a la analizada en la CIDIP II sobre Normas Generales. De hecho, el apartado cuarto expresa: “Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última”. Seguidamente, el apartado quinto indica que: “Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”. En su análisis, Nuria González Martín y Sonia Rodríguez Jiménez (González Martín y Rodríguez Jiménez, p. 157) señalan que debería entenderse que cualquiera de las dos soluciones generales tiene cabida a la hora de solucionar la cuestión preexistente, tanto la “dependiente” como la “independiente”. De este modo, hay una notable libertad para que la autoridad judicial pueda analizar el caso en concreto decida cómo brindar la resolución final. En efecto, Perezniето Castro comenta que “la disposición posibilita una conexión autónoma, lo que facilita al juez que mediante su regla de conflicto pueda designar al derecho aplicable a la cuestión principal y este dispositivo le da el acceso a la aplicación de un derecho diferente, que sería el aplicable a la cuestión preliminar” (2000, p. 157).

IV. Colofón

Dentro de las instituciones que integran la Teoría General del DIPr, la cuestión previa se erige como la figura de génesis más reciente: mientras que el reenvío si-

(5) Puede consultarse en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19920-2020>

(6) Puede consultarse en: <https://www.congresocdmx.gob.mx/media/documentos/c30aa3ddbb80d8e-4807948a8373e44c486f55011.pdf>

túa su origen en 1878⁷, el fraude a la Ley en 1874⁸ y las calificaciones en 1889⁹, esta problemática careció inicialmente de identidad propia. Por tal motivo, en las fuentes doctrinales clásicas, su tratamiento aparece subsumido bajo la óptica de otros institutos, habiendo permanecido vinculada a la cuestión de las calificaciones durante un extenso periodo que postergó su desarrollo autónomo.

Desde sus inicios, se ha argüido que la sistematización del régimen de resolución de las cuestiones previas resulta inoportuna, dada su naturaleza imprecisa y compleja. En consecuencia, las legislaciones han eludido, por lo general, la incorporación de preceptos que se decanten de forma taxativa por una teoría específica, fenómeno que se explica por la dificultad técnica de articular una solución que no vulnere la coherencia sistémica del DIPr.

Según sus defensores, la jerarquización contribuiría a favorecer la armonía internacional de las soluciones, aspecto que, como es sabido, reviste particular interés para la doctrina. Ello ocurriría en la medida en que el juez, al someter la totalidad del caso —esto es, tanto la cuestión principal como la preliminar— al derecho designado por sus normas, “llegaría a una decisión totalmente idéntica a la que dictaría un juez del Estado cuya ley rige, precisamente, la cuestión principal” (Vitta, 1979, p. 74). Al alcanzarse esta armonía, se favorece la seguridad jurídica, se evitan las relaciones jurídicas claudicantes y se limita la práctica del *forum shopping*. Por ello, “la búsqueda de la uniformidad constituye un factor importante al determinar cómo resolver una cuestión incidental” (Bonomi, 2017, p. 918).

El principal problema de la teoría de la jerarquización radica en que no respeta la disociación prevista por el legislador al regular las relaciones jurídicas, generándose una afectación o perturbación a la armonía ‘interna’ del foro. Este modo de proceder termina desconociendo la independencia y autonomía de las normas de DIPr del juez. Esto ocurre cuando, al determinar el derecho aplicable a la cuestión previa, se impone un sistema jurídico que no respeta la localización establecida en la norma indirecta correspondiente. En este punto, coincido con quienes sostienen que “al pasar por alto el efecto de fragmentación de la norma primaria del foro, la teoría de la cuestión previa introduce una incoherencia, desde la perspectiva del sistema del foro, respecto a la resolución de la relación jurídica” (Rigaux y Fallon, 2005, p. 248). Para evitar tal incongruencia, y posiblemente las injusticias que ello acarrearía, parece más adecuado optar aquí por la armonía interna y, en efecto, por una equivalencia.

Sin embargo, acierta Fresnedo de Aguirre al considerar que aplicar de modo rígi-

(7) El problema del reenvío surge con el célebre caso “Forgo”, fallado por la Corte de Casación francesa en 1878.

(8) El caso más famoso en materia de fraude a la ley es el caso de la Duquesa de Beauffremont, resuelto en 1874 por la Corte de Casación francesa.

(9) Con el caso “Bartholo” en 1889.

do y mecánico la equivalencia podría llevar a soluciones injustas “no acordes con la *ratio legis* de ninguno de los ordenamientos involucrados. Por tanto, si bien desde un punto de vista lógico-jurídico la teoría de la equivalencia resulta la más correcta, desde el punto de vista práctico del juez, que debe velar por la realización no sólo del valor certeza sino también del valor justicia, y esto último no limitándose a la justicia formal sino también a la sustantiva en el caso concreto, parece más adecuado dejar librado a su discrecionalidad fundada, enmarcada en ciertos criterios establecidos por el legislador, el recurrir a una u otra teoría” (2022, p. 438).

A ello se suma otro aspecto que no puede ser soslayado. Cuando, al resolver una cuestión principal, la norma indirecta del juez remite a la aplicación de un derecho extranjero, podría sostenerse que el Estado del foro carece de un interés directo en que la decisión sea adoptada conforme a su propia legislación. En tal supuesto, tampoco existiría un interés relevante en que la cuestión previa se rija por sus normas de conflicto. Incluso podría ocurrir que, de presentarse dicha cuestión como principal, ni siquiera pudiera ser sometida al conocimiento de los tribunales del foro, en tanto las normas de jurisdicción no les atribuirían competencia, lo que evidenciaría una vinculación aún más tenue con el caso y tornaría menos apropiada la aplicación de las normas de conflicto locales. En efecto, “es cierto que, en determinadas circunstancias, la cuestión incidental no presenta una conexión sustancial con el Estado del foro y solo se plantea ante sus tribunales porque estos son competentes para resolver la cuestión principal” (Bonomi, 2017, p. 919). Esta supuesta falta de interés tampoco debe concebirse en términos absolutos. No corresponde afirmar de manera categórica que el hecho de que a la cuestión principal se le aplique un derecho extranjero implique necesariamente la ausencia de interés por parte del foro. Si se atiende al fundamento del método de elección y al modo en que se determina la localización, ello responde al criterio de proximidad, orientado a aplicar el derecho más estrechamente vinculado con la situación, y no a una falta de interés del Estado del foro.

Tal como fue expuesto, no hay en la doctrina o en nuestro sistema normativo una respuesta definitiva. Ahora bien, la ausencia de una norma especial que aborde esta problemática abre la puerta a buscar una solución que sea ‘funcional’ al caso. Esto se enrola en la postura en cuanto a que no resulta prudente en ciertas circunstancias dar una respuesta tajante, es decir, rechazar una teoría de manera directa no necesariamente implica la mejor solución. En palabras simples, implica adoptar un enfoque orientado al resultado respecto de la cuestión incidental. Resulta un tanto convincente las palabras de Fresnedo de Aguirre en cuanto a que “si bien desde un punto de vista lógico-jurídico la teoría de la equivalencia resulta la más correcta, desde el punto de vista práctico del juez, que debe velar por la realización no sólo del valor certeza sino también del valor justicia, y esto último no limitándose a la justicia formal sino también a la sustantiva en el caso concreto, parece más adecuado dejar librado a su

discrecionalidad fundada, enmarcada en ciertos criterios establecidos por el legislador, el recurrir a una u otra teoría, teniendo en consideración los aspectos particulares involucrados en cada caso” (2003, p. 294). En efecto, y como ocurre con el Código Civil y Comercial de la Nación, dejar abierta la posibilidad de analizar el caso en particular genera un margen más amplio de flexibilidad, lo que permite que la autoridad judicial realice un estudio exhaustivo y particularizado de la situación en cuestión “con la consecuencia de que el enfoque de la *lex fori* y el de la *lex causae* podrían aplicarse de manera alternativa con el fin de promover un determinado resultado sustantivo deseado” (Bonomi, 2017, p. 921). Ciertamente, se presentarán supuestos de excepcionalidad en los que prevalecerán soluciones predeterminadas, tal como acontece con la capacidad para la celebración del matrimonio —la cual se halla inexorablemente supeditada a un único ordenamiento según los términos del artículo 2.622—. No obstante, en ausencia de tales previsiones específicas, la determinación de la ley aplicable quedará diferida, en última instancia, al arbitrio del juzgador.

Este enfoque casuístico debe ser implementado con la debida cautela, toda vez que podría derivar en pronunciamientos imprevisibles que comprometan el objetivo de seguridad jurídica que el sistema de DIPr debe garantizar. En consecuencia, resulta imperativo que el legislador suministre pautas orientadoras a la magistratura, con el propósito de dotar a las decisiones jurisdiccionales de un mayor grado de previsibilidad técnica.

De lo expuesto, se colige que la problemática de la cuestión previa carece aún de una resolución definitiva. En este escenario, resulta imperativo profundizar los esfuerzos de coordinación entre los diversos sistemas jurídicos, especialmente ante la fragmentación que presentan las normas de conflicto. La inexistencia de una disposición específica, sea de cuño convencional o de fuente interna, faculta a cada Estado a dirimir la controversia según las tendencias de su propio ordenamiento; tal circunstancia genera divergencias en las soluciones de fondo y, en última instancia, compromete la armonización del DIPr.

En definitiva, la determinación de la solución más idónea constituye una decisión que trasciende los criterios estrictamente jurídicos para inscribirse en el ámbito de las consideraciones de política legislativa. Dado que ambas tesis son susceptibles de conducir a resultados inequitativos, cabe concluir con la reflexión de Tatiana B. de Maekelt: “ambas soluciones presentan una desventaja común: atienden más a consideraciones de tipo técnico que a las de tipo humano, éstas últimas de necesario análisis en cada caso concreto para poder llegar a una solución adecuada” (2002, p. 69).

VI. Referencias

- Boggiano, A. (2017). *Tratado de derecho internacional privado*. (T. I). Ley.
- Bonomi, A. (2017). Incidental (preliminary) question. En J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari y P. de Miguel Asensio (Eds.), *Encyclopedia of Private International Law* (pp. 912-924). Edward Elgar Publishing.
- Calvo Caravaca, A. y Carrascosa González, J. (Coords.) (2022). *Tratado de derecho internacional privado*. (T. I). Tirant lo Blanch.
- Clavel, S. (2018). *Droit International Privé*. (5ª ed.). Dalloz. (Trabajo original publicado en 2009).
- Contreras Vaca, F. (2004). *Derecho internacional privado. Parte general*. (4ª ed.). Oxford University Press. (Trabajo original publicado en 1994).
- Corneloup, S. (2013). Les questions préalables de statut personnel dans le fonctionnement des règlements européens de droit international privé. *Droit international privé: Travaux du Comité Français de Droit International Privé* (2010-2012), (20), 189–222. <https://doi.org/10.3406/tcfdi.2013.2124>
- De Maekelt, T. B. (1982). *General rules of Private International Law in the Americas: New approach*. Martinus Nijhoff.
- De Maekelt, T. B. (2002). *Ley venezolana de derecho internacional privado: Tres años de su vigencia*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Dolinger, J. y Tiburcio, C. (2018). *Direito Internacional Privado*. (15ª ed.). Forense. (Trabajo original publicado en 1986).
- Dreyzin de Klor, A. (2015). *El derecho internacional privado actual*. (T. I). Zavalía.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2003). Aspectos generales del sector del derecho aplicable. En D. P. Fernández Arroyo (Coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur* (pp. 257-313). Zavalía.
- Fresnedo de Aguirre, C. (2022). *derecho internacional privado*. (T. I). Fundación de Cultura Universitaria.
- Glenn, H. P. (2012). *La conciliation des lois*. Martinus Nijhoff.

Goldschmidt, W. (2019). *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia*. (10ª ed.). Abeledo Perrot. (Trabajo original publicado en 1970).

González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S. (2010). *Derecho internacional privado. Parte general*. Nostra.

Hooft, E. R. (2017). *Derecho internacional privado -al alcance de todos-*. (T. I). Editorial de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

Kaller de Orchansky, B. (1993). *Nuevo manual de Derecho Internacional Privado*. Plus Ultra.

Lequette, Y. (2017). *Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé*. Martinus Nijhoff.

Madrid Martínez, C. (2012). Instituciones generales de derecho internacional privado: más allá del problema conflictual. En V. H. Guerra, C. Madrid Martínez y Y. Pérez (Coords.), *Estudios de derecho internacional privado, homenaje a Tatiana Maekelt* (pp. 155-226). Universidad Católica Andrés Bello.

Najurieta, M. S. (2025). *Dinámica del derecho internacional privado en la jurisprudencia de los tribunales*. Tirant lo Blanch.

Pereznieto Castro, L. (2000). *Derecho Internacional Privado. Parte General*. (7ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. (Trabajo original publicado en 1977).

Rigaux, F. y Fallon, M. (2005). *Droit International Privé*. (3ª ed.). Larcier. (Trabajo original publicado en 1977).

Sánchez Rodríguez, L. (1977). La cuestión previa en el derecho español de la nacionalidad. *Anuario de Derecho Civil*, 30(4), 761-808.

Santos Belandro, R. (2014). La Regla de Conflicto. Sus virtudes y sus problemas. *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (1), 73-125.

Schmidt, T. S. (1992). The incidental question in Private International Law. *Recueil des Cours*, 233, 315-413.

Scotti, L. (2025). *Manual de derecho internacional privado*. (3ª ed.). La Ley. (Trabajo original publicado en 2017).

van Hoogstraten, M. H. (1962). Le Droit International Privé Néerlandais et la Question Préalable. *Netherlands International Law Review*, (9), 209-225.

Vitta, E. (1979). Cours général de droit international privé. *Recueil des cours*, 162, 21-230.

Weinberg de Roca, I. (2021). *Nuevo derecho internacional privado*. Erreius.

Fuentes

Organización de los Estados Americanos. (1979). *Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado*. OEA. <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-45.html>

Fecha de recepción: 13-05-2026

Fecha de aceptación: 11-07-2026